

Du Caractère des Avantages matrimoniaux
Origine historique
des principes du Code civil

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 3 Juin 1937, à 14 heures

PAR

J. LAMY

AVOCAT STAGIAIRE A LA COUR D'APPEL

Président : M. REGNAULT, Professeur.

Suffragants { M. NOAILLES, Professeur.
M. LE BRAS, Professeur.

PARIS
LES PRESSES MODERNES

96, Galerie Beaujolais - Palais Royal

1937

DU CARACTÈRE DES AVANTAGES MATRIMONIAUX
ORIGINE HISTORIQUE
DES PRINCIPES DU CODE CIVIL



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549924_0021

Du Caractère des Avantages matrimoniaux
Origine historique
des principes du Code civil

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 3 Juin 1937, à 14 heures

· PAR

J. LAMY

AVOCAT STAGIAIRE A LA COUR D'APPEL

Président : M. REGNAULT, Professeur.

Suffragants { M. NOAILLES, Professeur.
 { M. LE BRAS, Professeur.

PARIS
LES PRESSES MODERNES
96, Galerie Beaujolais - Palais Royal

1937

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

§ 1

C'est une des grosses questions de l'Histoire du Droit que celle de l'apparition et des origines du régime de la communauté de biens entre époux. Plusieurs théories ont été émises et si l'une d'entre elles est complètement abandonnée aujourd'hui, les autres ont encore des tenants : le problème reste pendant (1).

La question est fort importante, mais n'a peut-être pas toute l'importance qu'on lui attribue parfois. Il paraît certain en effet que le régime s'est peu à peu formé non pas sous une seule influence, mais qu'il est la résultante de plusieurs courants sociaux, historiques et religieux. Il est d'autre part certain que cette formation fut lente : Beaumanoir nous parle de la communauté comme d'une *institution déjà immémoriale* alors que ses devanciers ne la mentionnent pas, ce qui incline à croire (l'affirmation sera plusieurs fois répétée dans cette étude) qu'une institution matrimoniale peut fonctionner en fait (au moins partiellement) longtemps avant de devenir une institution de droit (2). Et il est non moins certain qu'il s'agit d'une institution

(1) Cf. Charles Lefebvre, *Le droit des gens mariés*, p. 181 sq.

(2) Pol Robert, thèse Nancy, 1914, chap. II, p. 24 : « Nous pensons qu'en « réalité la communauté a dû se former dans le haut moyen-âge à l'état de « pratique imprécise et générale à une époque où le mundium germanique... « s'était un peu relâché. L'intimité conjugale tend à se transformer en donnée « juridique originale... Petit à petit, à travers les siècles, s'ébauchent et se « précisent les différentes idées qui formeront l'armature de la communauté... « La difficulté est de déterminer l'époque où tous ces éléments deviennent des « principes juridiques suffisamment précis pour constituer par leur combi- « naisons un véritable régime matrimonial organisé, pénétrant dans la cou- « tume. »

Viollet, dans son manuel (p. 773), s'attache à ces idées de formation lente et progressive sous l'influence de plusieurs courants : « La femme germanique, « que les idées chrétiennes et les influences civilisatrices nouvelles élèvent

qui ne connaît pas l'immobilité. Chaque siècle a vu apparaître ou disparaître ou se transformer quelque point du régime (le nôtre n'échappe pas à la règle, la communauté conventionnelle y devient plus rare et les contrats de mariage des commerçants voient reflourir sous un nouveau nom une institution de l'ancien droit.

La difficulté vient de la rareté des textes de la période du haut Moyen Age pendant laquelle eut lieu la gestation du régime, mais comme pour les raisons indiquées cette question de l'origine première n'est pas absolument capitale, on peut sauter sur cette période et directement comparer ce qui existait avant et ce qui est venu ensuite.

Avant comme après, c'est le mari qui est le gérant de tout le patrimoine du ménage composé du sien et de celui de sa femme.

La différence apparaît au point de vue de la propriété des biens. Auparavant le mari était propriétaire de tout ce qui n'était pas à sa femme ; celle-ci n'acquerrait qu'à titre gratuit tout ce qui était acquis à titre onéreux venait grossir le patrimoine du mari, servant d'ailleurs parfois à quelque avantage légal au profit de la femme survivante. Dans le nouveau régime, il y a au contraire symétrie entre les époux. Chacun d'entre eux est propriétaire de ce qu'il avait avant le mariage et de ce qui lui est advenu depuis à titre gratuit. Ce qui a été acquis à titre onéreux depuis le mariage soit par le mari soit même par la femme (achats de peu d'importance) forme désormais une masse spéciale soumise à un régime d'administration particulier et qui lors de la dissolution est normalement partagée entre les époux, généralement par moitié ou plus rarement suivant une autre fraction. La communauté marque donc une forte diminution des droits du mari sur certains biens.

L'apparition de cette catégorie de biens est la caractéristique essentielle du régime nouveau. Il s'agit de biens n'ayant pas la même origine que le reste du patrimoine des époux, qui auparavant appartenaient au mari seul et seront désormais communs.

« peu à peu à un niveau supérieur... » Quelques lignes plus loin, il exprime l'opinion qu'il s'agit bien d'un fait qui a précédé le droit : « Cette communauté se développa parmi les mœurs simples et chrétiennes et acquit du premier coup une force singulière qu'elle a perdu depuis. Ce n'était pas seulement une communauté de biens légale, un état juridique abstrait dont les conjoints ont une idée confuse et dont le notaire seul connaît l'essence. *C'était une communauté de fait toujours palpable, saisissable.* »

Au vrai de ce qui est nouveau, c'est bien plutôt la systématisation, la réglementation, le caractère général et obligatoire du régime de ces biens que la notion de biens communs, celle-ci est en effet fort ancienne.

Je crois en effet que la notion de biens communs est vraiment incluse dans le fameux passage de César (*De bello Gallico*, livre 6) ainsi conçu : « Viri quantas pecunias ab uxoribus dotis
« nomine acceperunt, tantas ex suis bonis estimatione facta
« cum dotibus communicant : hujus omnis pecunia conjunctim
« ratio habetur, fructusque servantur : uter eorum vita supera-
« vit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum tempo-
« rum pervenit ». Certains auteurs, Boucher d'Argis et Bouhier, pour ne citer qu'eux dans l'ancien droit, voyaient dans ce texte l'origine de la communauté. L'idée qui était exagérée a été définitivement abandonnée : la conquête romaine qui fut complète et dura plusieurs siècles ne laissa rien subsister des institutions gauloises et il est hors de doute que ces institutions n'ont aucun lien avec le droit ultérieur de notre pays. Mais comment ne pas voir dans ce passage la marque d'habitudes matrimoniales profondément différentes de celles des Romains et singulièrement proches au contraire de la notion de biens communs ? Il est toujours exagéré de fonder un système sur un seul texte, mais d'un seul texte on peut tirer d'indiscutables éléments. Comment expliquer les mots communicant, conjunctim, fructus servantur sans la notion de biens communs ? Il y a là presque la définition de ce qu'on appellera un jour les acquêts, et cette masse de biens reste au survivant des deux époux.

Les lois germaniques contiennent elles aussi la notion de biens communs (3). La loi des Saxons — titre 8 — dit : « de eo

(3) Une des théories signalées sur l'origine de la communauté se rattache aux lois germaniques. Degand (*Des conventions modificatives du partage égal de la communauté entre époux*, thèse Paris, 1916, p. 6) écrit : « La communauté paraît s'être formée dans le haut Moyen-Age et dériver de la notion que les peuples germaniques se faisaient de l'association conjugale. En effet, la femme chez les vieux germains, bien que soumise au *mundium*, n'est étrangère ni aux préoccupations de son mari... Cette étroite union d'existence ne pouvait manquer de s'étendre aux biens. Ceux-ci au début appartenaient au mari seul. La femme n'avait sur eux, à la mort de son mari, qu'un droit de succession qui, sous le nom de douaire, resta à l'état de simple usufruit sur les propres du mari, mais qui se consolida sur les meubles et conquêts immeubles formant la communauté. »

Viollet (*loc. cit.*) voit l'origine du régime de communauté dans « le développement et la transformation de certains usages germaniques ».

« quod vir et mulier *simul acquisierint, mulier mediam partem accipiat* ». Les autres lois, la loi Ripuaire (titre 37), la loi des Wisigoths (livre 4, titre 2 § 16) s'expriment en termes presque identiques.

Plus tard les Capitulaires disent : « Volumus ut uxores defunctorum, post obitum maritorum tertiam partem *collaborationis quam simul* collaboraverunt accipiant » (Capitulaires de Charlemagne, IV, chap. 9). « Et de his rebus quas is qui illud beneficium habuit, aliunde adduxit vel comparavit, vel ei ab amicis suis conlatum est, has volumus tam ad orfanos defunctorum quam ad uxores pervenire » (Capitulaires de Charlemagne, V, chapitre 295).

Il résulte indiscutablement de ces différents textes que dans les lois germaniques existait la notion de biens communs ; cela résulte notamment du *simul acquisierint* de la loi des Saxons et des mots *collaboratio* et *simul* du premier Capitulaire cité.

L'Eglise approuvait l'existence de cette notion si conforme à ses doctrines et une bulle du Pape Urbain III disait en 1183 : « Soluta matrimonio cogitur vir dotem restituere et *bona dividere quae communiter eis obvenierunt* » (4).

Cette notion déjà vieille se développa dans la pratique autant que dans les textes officiels : « *A travers notre Moyen-Age et de plus en plus fortement sous les premiers Capétiens s'était affermie en coutume la donnée d'une communauté d'action, d'intérêts et de biens entre époux.* L'impression très sûre s'en dégage à la lecture des chartes de toutes régions où l'on voit mari et femme s'unissant constamment pour acquérir, aliéner, contracter dans cette multitude d'actes écrits, qui ont toujours trait aux immeubles. Sous la direction du mari qui figure en tête, et souvent parle au nom commun avant la dou-

(4) La notion de biens communs était pareillement incluse dans une ordonnance de Philippe Auguste rendue à Pont-de-l'Arche, en 1219 (Isambert, tome 1, p. 217), et qui contenait le passage suivant : « Si mulier sine hoerede decesserit parentes ipsius mulieris non participabunt cum marito suo *ex iis quae ipsa et maritus ejus simul acquisierunt* dum ipse viveret, in mobilibus nec in tenementis, imo quiete remanebunt marito ipsius mulieris, salvis rationalibus legatis ipsius mulieris. Parentibus vero mulieris accedit id quod ipsa secum attulit in matrimonium salvo legato ipso quod ipsa potuit facere per jus ». Il semble bien que cette ordonnance ne fut rendue que pour la Normandie (cette province eut toujours un régime matrimonial particulier). En ce cas, le passage en question affirmerait une opposition entre la Normandie et les autres provinces dans lesquelles un sort spécial serait réservé à ces biens quae ipsa et maritus ejus simul acquisierunt.

« ble signature, c'est alors et pendant des siècles, une habitude
« universelle de *collaboration*. Dans les régions du Centre et
« du Nord, c'est bien cette donnée de société pécuniaire entre
« époux qui devait s'enraciner et prévaloir, mais qu'il fallait
« maintenant dégager de cette grande habitude coutumière,
« pour le développer et l'ordonner juridiquement » (5).

Ce qui est nouveau du temps de Beaumanoir, ce n'est donc pas la notion de biens communs, de collaboration entre mari et femme, c'est la transformation de cette notion en donnée juridique originale, c'est le caractère général et obligatoire du nouveau régime.

Le nouveau régime se caractérise par :

1° le partage égal entre le survivant et les héritiers du prédécédé (quelques coutumes accordent plus au mari qu'à la femme, mais elles ne constituent que l'exception) ;

2° la transmissibilité du droit de la femme à ses héritiers (auparavant son droit était généralement viager), ce partage et cette transmissibilité s'appliquent à la nouvelle catégorie de biens, aux biens communs.

Deux questions se posaient quant à cette masse commune, celle de son administration et celle de sa composition.

L'administration n'a jamais cessé d'appartenir au mari (le principe ne devait recevoir d'exception qu'au vingtième siècle avec la loi, plus théorique que pratique, dite du libre salaire de la femme mariée). La question ne présente de difficultés que quant à l'étendue des pouvoirs à accorder au mari et aux garanties à donner en échange à la femme contre les risques de mauvaise gestion ou de fraude, cas évidemment important mais qui reste néanmoins exceptionnel.

La seconde question, celle de la composition de la masse commune est au contraire particulièrement importante en ce qu'au contraire, sauf rares exceptions, elle se pose nécessairement pour chaque communauté lors de la dissolution et du partage qui s'ensuit (6). Elle était facile à résoudre pour les immeubles dont l'origine est toujours connue : sont « propres » aux époux les immeubles reçus par chacun d'eux à titre gratuit avant ou après le mariage, sont « communs » les immeubles

(5) Charles Lefebvre, *Le droit des gens mariés*, p. 234.

(6) Originellement le partage était souvent différé, mais il devait néanmoins toujours y en avoir un.

acquis à titre onéreux depuis le mariage, il est en effet probable qu'ils ont été acquis avec des deniers communs.

Elle était beaucoup plus difficile en ce qui concerne les meubles. Beaucoup d'entre eux sont difficiles à identifier, la plupart s'usent et sont remplacés plus ou moins souvent. Ce défaut d'assiette joint à la médiocrité de leur valeur économique à l'époque amena le droit coutumier pour la plus grande facilité des liquidations à considérer que tous les meubles seraient communs entre époux.

Cette solution ne présentait pas d'inconvénients majeurs à une époque où il n'y avait pas de valeurs mobilières et où les rentes étaient classées parmi les biens immeubles (sort qui plus tard devait être partagé par la finance des offices) : res mobilis res vilis.

La communauté comprenait donc les immeubles acquis à titre onéreux depuis le mariage et les meubles.

Cette solution était à la fois juste et nécessaire; par essence même elle correspond à la majorité des cas, mais elle constitue une manière de présomption qui fatalement tombe à faux dans certains cas : le résultat en est alors qu'au moment du partage une des parties se trouve avantagée, l'application des règles conduisant à lui attribuer plus que ce qui aurait dû normalement lui revenir.

Un autre compte était absolument impossible à tenir exactement : celui des produits et revenus du travail et du capital de chacun des époux. Dans quelle mesure les économies faites procèdent-elles du chef de l'un ou l'autre époux ? Impossible de le savoir et pour deux raisons : quand la femme s'occupe de son ménage, son travail est certain, indiscutable, parfois plus important que celui du mari, mais impossible à chiffrer de manière même approximative (7) ; si d'autre part, comme il arrive parfois dans l'agriculture et le petit commerce les conjoints travaillent ensemble, une évaluation est encore plus impossible. Au surplus arriverait-on à une ventilation satisfaisante qu'elle serait inutile : les dépenses du ménage ne sauraient être équitablement réparties entre mari et femme. La communauté d'existence entraîne la confusion des ressources et des dépenses :

(7) Cf. Pothier, *Traité du Contrat de mariage*, 7^e partie, chap. 2, n° 552 : « ... cette estimation de l'industrie du (second) mari est trop arbitraire et trop difficile ».

force fut donc d'admettre que le tout tombait en communauté, aussi bien était-ce dans l'esprit du régime. Mais ici comme pour la composition active de la communauté il est des cas où la présomption établie ne correspond pas à la réalité et si l'inégalité des ressources est grande le moins riche recevra un sensible avantage du jeu du régime (8).

Ces avantages pouvant ainsi résulter pour l'un ou l'autre des époux du fonctionnement du régime appaurent-ils aux juristes d'alors ? Qu'en pensèrent-ils ? Il est difficile de le savoir. Il est probable qu'en cette période de fin du Moyen Age, période de stabilité sociale et de stagnation économique, de tels avantages devaient être à la fois rares et restreints, que par suite aucune modification ne parut utile. Toujours est-il que le principe de liberté des conventions matrimoniales qui devait permettre de remédier dans certains cas aux imperfections des règles coutumières, toujours est-il que ce principe n'apparut formellement qu'au seizième siècle, période de transformation, d'enrichissement (9) où les inconvénients de règles rigides avaient dû se faire sentir.

(8) Cf. Degand, 1^{re} partie, chap. 2, n° 12 : « Suivant la logique pure, chaque « époux devrait avoir droit dans la communauté à une part correspondante à « l'enrichissement procuré par ses apports, les revenus de ses propres ou son « travail. Cette base de répartition a été adoptée par le législateur en matière « de société ordinaire... Cette proportionnalité intégrale est inapplicable à la « communauté parce que le quantième des bénéfices que chaque conjoint lui « procure individuellement ne peut être apprécié exactement... La vérité est « que dans leur domaine respectif les époux collaborent ou sont censés colla- « borer également à la formation de la masse commune ».

(9) L'influence de l'enrichissement général sur les régimes matrimoniaux est visible dans les textes eux-mêmes ; lors de la réformation de la coutume de Paris, le préciput légal des nobles fut restreint aux meubles sis hors la ville. Deux raisons sont données par les auteurs de l'époque à cette modification : 1° l'on voulait empêcher des fraudes ; 2° la valeur des meubles sis à Paris était dans certains cas devenue beaucoup trop importante.

Il est évident que depuis longtemps la rigidité des règles matrimoniales n'était pas absolue. C'est ainsi qu'on peut lire dans les Etablissements de Saint-Louis (livre I, chap. 16) : « Gentis femme si n'a que le tierz en douaire de la « terre son seigneur ; mais ses sires lui puet bien donner ses achaz et acquêts « à faire sa volenté ». La seconde rédaction de la coutume d'Amiens (2^e moitié du XIII^e siècle) déclare que : « Toutes conditions de mariage qui sont faites « sans fraude sont à tenir ». Mais il y a loin de ces textes au principe de liberté des conventions de mariage ! D'autre part, on trouve dans les Olim (Edition Beugnot) différentes décisions relatives à des conventions de mariage (II, p. 151, XXXVII ; II, p. 74, X ; II, p. 96, XXXI ; III, p. 862, XXXIX). Il s'agit sans doute également d'une longue pratique de fait qui ne fut consacrée par le droit que longtemps après son établissement.

Cf. Robert, chapitre II, p. 27.

Les premières applications du principe de la liberté des conventions matrimoniales durent être ainsi les remèdes aux inconvénients qui en avaient rendu nécessaire l'apparition. Dorénavant le futur époux qui n'a que des meubles pourra en « réaliser » une partie pour que son apport en communauté ne soit pas plus fort que celui de son futur conjoint. S'il n'a que des immeubles, il en « ameublira » une partie pour éviter le contraire.

Cette origine des clauses d'ameublement et de réalisation est indiscutable, mais toute médaille a son revers, ces clauses une fois admises purent servir non pas à corriger des inégalités, mais à les augmenter étant soit exagérées (un ameublement exclusif fait par l'un avantage l'autre, une réalisation complète tourne au profit de son auteur) soit stipulées dans des cas où elles étaient inutiles.

Le principe de la liberté des conventions matrimoniales devait donner naissance à d'autres stipulations ayant toujours pour but de modifier les règles légales, mais affectant la liquidation de la communauté et non plus sa composition.

Les meubles entrent en communauté tant parce que leur identification est difficile ou même impossible et leur valeur économique généralement faible que parce que la plupart d'entre eux servent autant à l'un qu'à l'autre des époux. Mais pourquoi lors de la dissolution ne pas attribuer à chacun les meubles dont il a fait l'apport quand l'identité en est certaine et la valeur non négligeable et ceux dont l'usage lui était exclusif quelle que soit leur origine ? Pourquoi la femme serait-elle obligée de partager ses bijoux avec les héritiers de son mari ? Pourquoi celui-ci serait-il obligé de partager avec les héritiers de sa femme ses armes, chevaux et harnais s'il est homme de guerre, sa bibliothèque s'il est homme de science ou de robe, ses instruments s'il est artisan ? Pourquoi le survivant, quel qu'il soit, serait-il obligé de partager le mobilier meublant dans lequel il vit depuis de longues années ? (10).

(10) L'Encyclopédie de Jurisprudence (tome 6, v^o Don mutuel, 1^{re} partie) s'exprime ainsi : « Cette sorte de convention (le don mutuel) a été introduite « afin que lorsqu'il n'y avait pas d'enfants, le survivant n'eût pas le chagrin « de voir passer à des collatéraux héritiers du prédécédé la moitié du fruit des « travaux communs des conjoints et que ceux-ci concourussent par leurs soins « à augmenter la communauté dans l'espérance que chacun d'eux pourrait jouir « de la totalité en vertu du don mutuel ».

Degand (*op. cit.*, 1^{re} partie, chap. 2) montre bien les inconvénients maté-

C'est pour répondre à ces besoins que naquirent différentes sortes de préciput (11). Le préciput répondait d'ailleurs bien à une nécessité et un sentiment profond puisque bon nombre de coutumes avaient établi un préciput légal pour remédier aux inconvénients du partage par moitié. Il semble d'ailleurs que ce préciput ait permis de légaliser des pratiques extra-légales remontant très loin, antérieures à la communauté et qui n'avaient pas disparu lors de l'apparition de celle-ci, pratiques par lesquelles le survivant prélevait certains meubles communs malgré la règle du partage égal.

Le principe de la liberté des conventions matrimoniales une fois admis, les clauses se multiplièrent. On vit apparaître, dérogeant au partage par moitié mais ayant pour but de rétablir l'égalité, les clauses de partage par fractions inégales et celles d'attribution totale (12). Ces clauses rétabliront l'égalité ou tenteront de la rétablir en cas d'inégalité des apports et des ressources.

Le préciput, le partage par fractions inégales, l'attribution totale de communauté de même que l'ameublement et la réalisation ont donc eu pour but premier de ramener entre époux une égalité patrimoniale peut-être désirée par le régime et qu'il ne peut réaliser lui-même dans un certain nombre de cas parti-

riels et moraux du partage par moitié, surtout en l'absence d'enfants communs. Il dit notamment : « ...la cupidité d'héritiers peut-être éloignés ou même inconnus du défunt privera le survivant de souvenirs précieux que l'argent ne saurait remplacer ».

(11) Coquille, moraliste toujours sévère, voyait l'origine du préciput dans la coquetterie et même l'avidité des femmes. Il ajoutait que le législateur et le juge devaient se montrer sévères pour de telles clauses. Une honnête femme doit dédaigner les vaines parures ainsi qu'Hélène :

Aut ego perpetuo famam sine labe tenebo

Aut ego te potius quam tua dona sequar.

Enéide (Hélène à Paris).

Nec pretium stupri gemmas aureumque poposci

Turpiter ingenuum munera corpus emunt.

Enéide (Hélène à Enone).

Il admettait cependant le préciput « afin qu'il ne lui (au survivant) soit à contrecœur de voir partager et voir servir à un autre, ce qui était destiné et employé à sa personne ».

(12) Les différentes clauses dont il s'agit étaient dans leur ensemble devenues très fréquentes aux ^{xvii}e et ^{xviii}e siècles, à un tel point que dans l'ouvrage (*Corps et Compilation*) de Ferrières, celui-ci dit qu'il faut quatre conditions pour qu'il y ait lieu au partage de la communauté, la quatrième étant « qu'il n'y ait point de convention contraire portée dans le contrat de mariage... » (ad. art. 229, § 1, nombre 13).

culiers. Mais plus encore que les autres, les dernières clauses indiquées peuvent servir à constituer volontairement des avantages lorsqu'elles sont stipulées en dehors des circonstances spéciales qui ont amené leur apparition.

Une dernière clause dérogeait au partage légal : le forfait, qui se distingue des autres clauses : 1° en ce que son avantage principal est de simplifier la liquidation ; 2° en ce qu'il est stipulé par le mari pour la femme ou les héritiers de celle-ci ; 3° en ce qu'il a un caractère essentiellement aléatoire, il peut constituer la femme en bénéfice ou en perte, mais on ne le saura qu'au jour de la liquidation.

En résumé donc, après l'apparition du principe de la liberté des conventions matrimoniales, un « avantage » pouvait pour l'un ou l'autre des époux, résulter :

1° soit du simple jeu des règles de la communauté légale par suite de l'inégalité en valeur ou en nature de leurs apports ;

2° soit du fonctionnement de cette communauté — inégalité des ressources. Cette sorte d'avantage est rare mais peut atteindre un chiffre considérable ;

3° soit des clauses modifiant la composition de la communauté ;

4° soit des clauses modifiant les règles du partage égal.

La doctrine — sauf peut-être Dumoulin — et la jurisprudence n'eurent pas le temps d'examiner le problème en lui-même. Une série d'ordonnances créa et étendit l'insinuation. Un Edit célèbre fut rendu sous le nom d'Edit des secondes nocés. Cette nouvelle législation allait obliger pratique, doctrine et jurisprudence à donner pour chacune des quatre sources d'avantages qui viennent d'être citées des solutions l'assujettissant ou l'exonérant.

L'ordonnance de 1539 rendue à Villers-Cotterets sur le fait de justice créait l'insinuation, mais en exemptait les dons à cause de nocés. Des ordonnances rendues en 1549, 1553 et 1556 étendirent peu à peu l'insinuation à toutes les donations à cause de nocés. Les tarifs étaient infiniment modérés si on les compare à ceux que nous subissons aujourd'hui, mais cette extension rencontra néanmoins les plus vives résistances. La pratique s'ingénia à trouver des arguments susceptibles de faire échec aux nouvelles dispositions dans la plus grande mesure possible ; chaque fois qu'une difficulté s'élevait à propos de l'insinuation d'une clause quelconque d'un contrat de mariage, l'on soutenait

qu'il s'agissait non d'une donation mais d'une convention de mariage exempte d'insinuation. Les décisions ne tardèrent pas à s'accumuler car les procès avec le fisc étaient nombreux, mais il y en avait aussi beaucoup entre particuliers, les héritiers du sang prétendant toujours à la nullité, faute d'insinuation, des clauses qui les lésaient. Sauf quelques décisions, la jurisprudence jugea que les quatre catégories d'avantages citées précédemment ne constituaient pas des donations soumises à l'insinuation mais des « conventions de mariage » non soumises.

Le problème se compliqua en 1560 par la promulgation de l'Edit des secondes noces, rendu sur la proposition du Chancelier de l'Hôpital dans des circonstances bien connues. Cet édit comprenait deux chefs (13) renouvelés le premier de la loi Hac

(13) Voici le texte de l'Edit :

François par la grâce de Dieu, roi de France : à tous présents et à venir : salut. Comme les femmes veuves ayant enfants soient souvent invitées et sollicitées à nouvelles nocés, et ne connaissant être recherchées plus pour leurs biens que pour leurs personnes elles abandonnent leurs biens à leurs nouveaux maris et sous prétexte de faveur de mariage leur font donations immenses, mettent en oubli le devoir de nature envers leurs enfants de l'amour desquels tant s'en faut qu'elles se fussent éloigner par la mort des pères, que les voyant destitués du secours et aide de leurs pères, elles devraient par tous moyens s'exercer à leur faire le double office de père et de mère : desquelles donations, outre les querelles et divisions d'entre les mères et les enfants, s'ensuit la désolation des bonnes familles et conséquemment la diminution de la force de l'Etat public. A quoi les anciens Empereurs, Zélateurs de la police, repos et tranquillité de leurs sujets ont voulu pourvoir par plusieurs bonnes lois et constitutions sur ce par eux faites. Et nous pour la même considération et entendant l'infirmité du sexe, avons approuvé et loué icelles Lois et Constitutions. Et ce faisant avons dit, déclaré, statué et ordonné, disons, déclarons, statuons et ordonnons que les veuves ayant enfants ou enfants de leurs enfants, si elles passent en nouvelles nocés, ne peuvent et ne pourront en aucune façon que ce soit donner de leurs biens meubles, acquêts ou propres à leurs nouveaux maris, père, mère ou enfants des dits maris ou autre personne qu'on puisse présumer par dol ou fraude interposées, plus qu'à l'un de leurs enfants ou enfants de leurs enfants. Et s'il se trouve division inégale de leurs biens faite entre leurs enfants ou enfants de leurs enfants, les donations par elles faites à leurs nouveaux maris seront réduites et mesurées à la raison de celui de leurs enfants qui en aura le moins. Et au regard des biens à icelles veuves acquis par dons et libéralités de leurs défunts maris, elles ne peuvent et ne pourront en faire aucune part à leurs nouveaux maris, ainsi elles seront tenues les réserver aux enfants communs d'entre elles et leurs maris de la libéralité desquels iceux leur seront parvenus. Le semblable voulons être gardé és biens qui seront venus aux maris par dons et libéralités de leurs défuntes femmes, tellement qu'ils n'en pourront faire don à leurs secondes femmes ; mais seront tenus les réserver aux enfants qu'ils ont eu de leurs premières. Toutefois n'entendons par ce présent Notre Edit bailler auxdites femmes plus de pouvoir et liberté de donner et disposer de leurs biens qu'il ne leur est loisible par les coutumes du pays, és quelles par ces présentes n'est dérogré en tant

édictali et le second de la loi *Feminae quae* (les Parlements et les auteurs de droit écrit se référeront d'ailleurs à ces lois et non à l'édit) par lesquels il était défendu (premier chef) aux veuves de donner à leurs seconds maris plus qu'au moins prenant de leurs enfants et (second chef) aux veufs et veuves de faire participer leurs seconds conjoints et les enfants de lits postérieurs aux dons et libéralités reçus du prédécédé.

L'Edit ne pouvait empêcher les veufs et veuves remariés de tenter bien souvent d'avantager leur second conjoint au delà de la part fixée par lui pour la protection des enfants des premiers lits. Sur bien des dispositions, aucune discussion sérieuse ne pouvait être élevée et elles tombèrent toutes successivement et définitivement sous le coup de l'application de l'Edit. Il n'en fut pas de même pour les quatre sources d'avantages énumérées ci-dessus (p. 16) et qui étaient jugées échapper à l'insinuation. Les seconds conjoints prétendaient que les deux premières n'étaient que des libéralités de la loi et non des libéralités du fait de

qu'elles restreignent plus avant la libéralité des dites femmes. Si donnons en mandement.....

La loi *Hac edictali* (Constitution 3 pr. Code. De secundis nuptiis, V, IX) était ainsi conçue : « *Hac edictali lege in perpetuum valitura sancimus, si ex priore matrimonio procreatis liberis, pater materve, ad secunda vel tertia aut ulterius repetiti matrimonii vota migraverit, non sit ei licitum novercae vel vitrico, testamento vel sine scriptura seu codicillis, hereditatis jure sive legati, sive fideicommissi titulo plus relinquere, nec dotis aut ante nuptias donationis nomine, seu mortis causa habita donatione conferre nec inter vivos conscribendis donationibus..... quam filio vel filiae si unus vel una extiterit. Quod si plures liberi fuerint, singulis aequas partes habentibus minime plus, quam ad unumquemque eorum pervenit, liceat vitricum novercamve transferri. Sin autem non aequis portionibus ad eosdem liberos memoratae transierint facultates, tunc quoque non liceat plus eorum novercae vel vitrico, testamento relinquere vel donare seu dotis, vel ante nuptias donationis titulo conferre quam filius vel filia habet cui minor portio ultima voluntate derelicta vel data fuerit aut donata ; ita tamen ut quarta pars quae iisdem liberis debetur ex legibus nullo modo minuatur, nisi ex his causis quae de inofficioso excludunt querelam... »*

Et voici la loi *Feminae quae* : « *Feminae quae susceptis ex priore matrimonio filiis, ad secundas transierunt nuptias, quidquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalium jure, quidquid etiam ex nuptiarum solemnitate perceperint aut quidquid mortis causa donatum, aut testamenti jure directo, aut fideicommissi vel legati titulo vel cujuslibet munificae liberalitatis praemio ex bonis priorum maritorum fuerint adsecutae ; id totum, ita ut perceperint integrum ad filios quos ex precedente conjugio habuerint, transmittant. Nec quicquam eadem feminae ex iisdem facultatibus alienandum in quamlibet extraneam personam, vel successionem ex alterius matrimonii conjunctione susceptam praesumant ; atque habeant potestatem ; possidenti tantum ac fruendi in diem vitae non etiam alienandi facultate concessa... »*

l'homme et n'étaient donc point soumises à l'Edit celui-ci ne s'appliquant qu'aux libéralités du fait de l'homme. Ils prétendaient quant aux deux dernières sources d'avantages (clauses modifiant la composition et le partage de la masse commune) qu'on devait leur étendre le raisonnement qui les soustrayait à l'insinuation : ce sont des conventions de mariage et non des libéralités.

Le problème se compliqua ensuite à Paris, Orléans et Calais par la présence dans les secondes rédactions des coutumes d'articles aggravant les pénalités de l'Edit et qui posaient à peu près la question de savoir si les acquêts faits par une femme pendant sa communauté d'avec son premier mari devaient être compris parmi les libéralités reçues de celui-ci. On se demanda ensuite si les conquêts étaient soumis au même régime et enfin s'il n'y avait pas lieu d'étendre aux hommes les solutions que les articles en question donnaient pour les femmes. C'était poser la question de la nature des biens communs entre époux et ce seul fait que pareille question pût être posée montre bien quelles transformations avait subies la notion de communauté depuis son origine ! En examinant les solutions données par la jurisprudence, il faudra se rappeler qu'à l'origine le droit du mari primait complètement celui de la femme.

En bref il fut jugé que parmi les quatre catégories d'avantages énumérées, seuls les avantages résultant pour le second conjoint de l'excédent des revenus du remarié échappaient à l'Edit des secondes noces.

Ainsi naquit la question du caractère des avantages matrimoniaux. Vis-à-vis du fisc, on les considérait non comme des donations mais comme des conventions de mariage ayant le caractère de conventions à titre onéreux et en présence d'enfants d'un lit précédent on les considérait au contraire comme présentant un caractère gratuit et réductibles à une part d'enfant le moins prenant. Cette double façon de considérer les avantages matrimoniaux persista à travers tout l'ancien droit jusqu'à la Révolution. L'œuvre législative de celle-ci fut trop éphémère et trop restreinte pour marquer de son empreinte la question et les rédacteurs du Code Civil eurent à la résoudre dans l'état où elle se trouvait en 1789.

Une seule innovation marqua la rédaction et la discussion des articles relatifs aux différents avantages matrimoniaux. On supprima la réserve du deuxième chef de l'Edit des secondes

noces comme entachée de substitution. Cette suppression fut d'ailleurs réfléchie et ne résulte pas d'une omission. La réserve du second chef de l'Edit avait été admise dans le premier projet du Titre des Donations et Testaments « mais la discussion du « Conseil d'Etat séance du 17 Ventose An II, tome 2, p. 655, « annonce qu'elle fut rejetée lors de la dernière rédaction et en « cela notre législation s'est infiniment simplifiée » (14).

Quant aux autres solutions adoptées, le silence des travaux préparatoires — notamment du Fenet — donne à croire qu'elles le furent sans discussion (15) ; cette opinion est d'ailleurs corroborée par la rédaction des articles, qui n'est pas des plus soignées et laisse de côté une partie de la question. Cela s'explique facilement : la discussion des articles du Titre consacré aux régimes matrimoniaux fut toute entière dominée par la lutte entre tenants du régime dotal et tenants de la communauté. Ce problème était extrêmement important et les autres passèrent inaperçus auprès de lui.

Les articles ayant trait à la nature et au caractère des avantages matrimoniaux sont :

1° L'article 1516 : « Le préciput n'est point regardé comme « un avantage sujet aux formalités des donations, mais comme « une convention de mariage.

2° L'article 1518 : « Lorsque la dissolution de la communauté « s'opère par le divorce ou la séparation de corps, il n'y a pas « lieu à la délivrance actuelle du préciput ; mais l'époux qui a « obtenu soit le divorce, soit la séparation de corps, conserve « ses droits au préciput en cas de survie. Si c'est la femme, la « somme ou la chose qui constitue le préciput reste toujours « provisoirement au mari, à la charge de donner caution.

3° L'article 1520 : « Les époux peuvent déroger au partage « égal établi par la loi soit en ne donnant à l'époux survivant « ou à ses héritiers, dans la communauté, qu'une part moindre « que la moitié, soit en ne lui donnant qu'une somme fixe pour « tout droit de communauté, soit en stipulant que la communauté entière, en certains cas, appartiendra à l'époux survivant, ou à l'un d'eux seulement.

4° L'article 1525 : « Il est permis aux époux de stipuler que

(14) Merlin, *Répertoire universel de jurisprudence*. V° Noces (secondes), § 7, art. 2.

(15) Voyez cependant Coin-Delisle, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1862, tome XX, n°s 30 sq.

« la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou
« à l'un d'eux seulement, sauf aux héritiers de l'autre à faire
« la reprise des apports et capitaux tombés dans la commu-
« nauté du chef de leur auteur.

« Cette stipulation n'est point réputée un avantage sujet aux
« règles relatives aux donations, soit quand au fond, soit quant
« à la forme, mais simplement une convention de mariage et
« entre associés.

5° L'article 1527 : « ...Les époux peuvent faire toutes autres
« conventions...

« Néanmoins (al. 3), dans le cas où il y aurait des enfants d'un
« précédent mariage, toute convention qui tiendrait dans ses ef-
« fets à donner à l'un des époux au delà de la portion réglée par
« l'article 1098 au titre des Donations entre vifs et des Testa-
« ments, sera sans effet pour l'excédent de cette portion ; mais
« les simples bénéfices résultant des travaux communs et des
« économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux,
« des deux époux ne sont pas considérés comme un avantage
« fait au préjudice des enfants du premier lit. »

Tous ces articles figurent au Titre « Du Contrat de mariage
et des droits respectifs des époux » ; il importe de mentionner
à côté d'eux :

l'article 299 alinéa 1^{er} (lois des 27 juillet 1884 et 6 février
1893) : « L'époux contre lequel le divorce aura été prononcé
« perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits,
« soit par le contrat de mariage, soit depuis le mariage. »

l'article 1098 : « L'homme ou la femme qui ayant des enfants
« d'un autre lit contractera un second ou subséquent mariage
« ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant
« légitime le moins prenant et sans que dans aucun cas ces
« donations puissent excéder le quart des biens. »

l'article 1496, alinéa 2 : « Si toutefois la confusion du mobi-
« lier et des dettes opérerait au profit de l'un des époux, un
« avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article 1098
« au titre des Donations entre vifs et des Testaments, les enfants
« du premier lit de l'autre époux auront l'action en retran-
« chement ».

La rédaction de ces différents articles laissait pendant la
question de la nature des avantages matrimoniaux. Il était bien
certain qu'en présence d'enfants d'un lit précédent ces avan-

tages constituaient un titre gratuit (16), mais que décider au cas d'absence d'enfants d'une précédente union ? Le Code Civil n'a formulé de manière générale aucun principe, mais il indique dans l'article 1516 que la clause du préciput « n'est point regardée comme un avantage sujet aux formalités des donations, « mais comme une convention de mariage » et dans l'article 1525 que la clause d'attribution totale de la communauté n'est pas un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit « quant au fond, soit quant à la forme, mais simplement une « convention de mariage et entre associés ». La rédaction de l'article 1516, incontestablement vicieuse (17) et celle de l'article 1525 sont-elles des exceptions à un principe général de la gratuité des avantages matrimoniaux ou au contraire des applications particulières du principe général inverse du caractère onéreux de ces avantages ? On se range en général à cette seconde solution. Elle peut ne pas être la plus conforme à la lettre du Code, mais celui-ci accordant le caractère onéreux à la plus large de toutes les clauses dérogatoires au partage égal, l'attribution totale de la communauté, il est raisonnable, pour l'interprète d'étendre cette solution à toutes les autres clauses, qui sont moins larges que celle prévue par l'article 1525.

Cette solution est d'ailleurs conforme à l'esprit du Code. Les travaux préparatoires indiquent, on l'a vu ci-dessus, que l'abandon du second chef de l'Edit des Secondes Noces a été volontaire ; on peut déduire a contrario de leur silence sur toutes les solutions de l'Ancien Droit relatives aux avantages matrimo-

(16) Sauf bien entendu l'exception portée par l'al. 3 de l'article 1527, qui doit être étendue à l'article 1496. Berlier expliquant l'article 1496 devant le corps législatif l'a expressément déclaré. « Dans tous les cas, dit-il, les simples « bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les « revenus respectifs quoique inégaux des époux ne devront pas être classés « parmi les avantages sujets à réduction. » (Fenet, tome XII, page 678.)

(17) En effet si l'article 1516 n'avait entendu soustraire le préciput qu'aux règles de forme des donations, il n'aurait aucune utilité. On ne voit pas à quelles formalités il pourrait se référer ; il ne s'agit pas de l'authenticité puisque le préciput ne peut être stipulé que dans un contrat de mariage, acte notarié, il ne s'agit pas de l'acceptation puisque les donations par contrat de mariage en sont affranchies, il ne peut s'agir davantage ni de la transcription, ni de l'état estimatif du mobilier, ni de la présence réelle d'un second notaire. Il faut donc interpréter l'article 1516 comme faisant échapper le préciput non aux règles de forme mais aux règles de fonds des donations, ce qui au surplus supprime la différence que 1516 et 1525 paraissent établir entre le préciput et l'attribution totale de communauté.

Toute la doctrine est en ce sens.

niaux la volonté des rédacteurs de les maintenir toutes. Cette déduction est fortement corroborée par l'article 1516 qui reproduit maladroitement d'ailleurs, mais incontestablement cependant, une phrase de Pothier, relative au préciput.

La jurisprudence a admis ce raisonnement en donnant sur la question des secondes noces — et sur la question des avantages résultant de la simple adoption du régime de communauté des décisions presque intégralement renouvelées de l'Ancien Droit chaque fois que la brièveté des textes du Code lui laissait quelque latitude d'appréciation. Elle peut être considérée comme définitivement fixée (un changement ne saurait plus provenir actuellement que de la voie législative) : depuis un arrêt des Chambres réunies du 19 décembre 1890 (D. 1891, 1. 417; S. 1891, 1. 129) le nombre des décisions rendues en matière d'avantages matrimoniaux a considérablement diminué. Voici quelles sont les importantes conséquences du caractère onéreux reconnu par la jurisprudence aux avantages matrimoniaux faits par un époux n'ayant pas d'enfant d'une précédente union (18) :

1° L'avantage n'entraîne aucune mutation de propriété ; il n'y a pas lieu, en conséquence à transcription, le partage étant déclaratif (il faut bien entendu faire exception pour la femme renonçante qui est censée n'avoir jamais été commune en biens). Cette absence de mutation entraîne une conséquence fiscale extrêmement importante, l'administration de l'enregistrement perçoit non pas le droit de mutation par décès, mais le droit proportionnel sur les partages qui est beaucoup moins élevé.

2° L'avantage matrimonial n'est pas imputable sur l'usufruit de l'article 767.

3° Les héritiers réservataires du prémourant, s'il en a laissé, ne peuvent tenir compte des avantages reçus par le survivant pour le calcul de la réserve, ni les imputer sur la quotité disponible.

4° Les différents avantages matrimoniaux ne sont pas sou-

(18) Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome IX, avec la collaboration de M. Nast, § 961.

Degand, *op. cit.*, 1^{re} partie, chapitre 6.

Barraud, *Des clauses de partage inégal de la communauté et de leur caractère juridique*, chapitre 2, p. 44 sq.

Coin-Delisle, *op. cit.*, p. 1 sq.

Thiébot, *op. cit.*, chapitre I, p. 19 sq.

Robert, *op. cit.*, chapitre I, C.

Martin, *op. cit.*, chapitre IV, section 1.

mis aux règles concernant la révocabilité des donations entre époux, mais à un régime spécial établi par les articles 299 et 1598.

5° Si les époux étaient parents à un degré successible, le survivant ne doit pas compte à ses co-héritiers des avantages dont il bénéficie ; ils échappent au rapport.

La présence d'enfants d'un premier lit entraîne au contraire pour le survivant la gratuité des avantages, c'est-à-dire le rapport à succession, l'imputation et éventuellement la réduction si la quotité disponible spéciale est dépassée (19).

Pour arriver à ces conséquences, la jurisprudence s'est basée sur les textes du Code et — surtout pendant la première moitié du dix-neuvième siècle —, inspirée de l'Ancien Droit qui admettait qu'une même clause fut considérée comme de caractère gratuit ou de caractère onéreux suivant qu'existait ou non une catégorie spéciale d'héritiers au jour de la dissolution de la communauté. Que doit penser la doctrine moderne de ce double aspect des avantages matrimoniaux ? Cette dualité est-elle justifiée et si oui, comment ? Pour le savoir, il faut d'abord interpréter le Code Civil.

Une première école s'attachant à la lettre prétend trouver la pensée du législateur dans la façon dont il a rédigé les articles 1516 et 1525 ; le premier dit : « Le préciput n'est point regardé comme... », le second (alinéa 2) parle ainsi de l'attribution totale de communauté « ...n'est point réputée un avantage sujet... » A n'en pas douter il y a là, dit-elle, une fiction de la loi (20),

(19) Un arrêt de Nancy du 25 février 1891 (Sirey, 1892-2-65 ; Dalloz, 1891-2-353) a adopté la thèse contraire : pour lui la réductibilité d'un avantage n'entraîne pas ipso facto l'imputation sur la quotité disponible, le renvoi que les articles 1496 et 1527 font à l'article 1098 indique simplement la mesure dans laquelle le second conjoint est apte à recueillir les bénéfices de son association avec le remarié. Le législateur a voulu montrer sa sollicitude pour les enfants, cela n'implique pas qu'il ait considéré l'avantage fait au second conjoint comme une donation.

On ne saurait adopter la doctrine de l'arrêt de Nancy, resté absolument isolé et combattu par l'unanimité de la doctrine (voir les notes qui l'accompagnent dans le Dalloz et le Sirey).

(20) Voy. Degaigne, *De la nature juridique des avantages entre époux* (Thèse Paris, 1898), p. 47. L'auteur, en outre (p. 57 sq.), s'ingénie à montrer que l'ensemble des articles du Code est tout entier imprégné de la théorie de la fiction. Je ne saurais le suivre quand il dit — il est à peu près le seul sur ce point — « qu'il ne faut pas à la légère accuser le législateur de maladresse » ; en outre l'interprétation qu'il donne de l'article 1525 est formellement contredite par

seule cette idée justifie les termes employés ; le Code accorde le caractère onéreux aux avantages matrimoniaux, mais ne considère pas que ce soit là leur véritable nature; sans les articles en question, il eut fallu traiter ces avantages comme des donations, c'est d'ailleurs la solution adoptée par le Code quand il y a des enfants d'un premier lit. D'après cette théorie, les articles 1516 et 1525 se justifient par différentes considérations, le législateur a pour certaines raisons jugé utile d'apporter une dérogation au principe consacré par lui de la gratuité des avantages matrimoniaux. Certains auteurs voient le motif de la loi dans ce fait que les enfants trouveront dans la succession du dernier mourant ce que celui-ci aura recueilli à titre d'avantage à la mort du prédécédé (21) et qu'ils n'auront donc pas à se plaindre.

Une seconde théorie prétend qu'au contraire il n'y a pas de fiction : le caractère onéreux des avantages matrimoniaux est une réalité. Ce raisonnement s'appuie sur une affirmation : le partage par moitié n'est pas une règle essentielle de la com-

l'arrêt des Chambres réunies, contre lequel vraiment un civiliste ne peut plus argumenter !

Voyez : Laurent, t. XXIII, p. 530, n. 350.

Planiol sous Nancy, 25 février 1891, précité (Dalloz) et Bourcart (Sirey).

Degand, *op. cit.*, 1^{re} partie, chap. V, p. 112.

Barraud, *op. cit.*, chap. I, § 3, n. 35.

Plessis, *op. cit.*, n. 2, p. 2.

Robert, *op. cit.*, chap. IV, section I.

(21) En droit il y a là un motif bien insuffisant. Si le raisonnement était exact il n'y aurait en vérité aucune raison de ne pas l'étendre et l'on ne voit pas pourquoi alors le législateur aurait mis des bornes aux dispositions libérales des époux entre eux. L'existence d'une réserve au profit des enfants venant en concours avec le survivant de leurs parents à la succession du prédécédé montre bien que de telles conceptions ne sont pas celles du législateur. (Voyez Robert, *op. cit.*, chap. III, p. 51.)

En fait, hélas, le raisonnement n'est pas incontestable. L'une des conséquences du caractère onéreux reconnu aux avantages matrimoniaux est qu'ils échappent à la réserve des enfants. On sent combien exceptionnellement la jurisprudence est appelée à se prononcer sur ce point et il se trouve justement que l'un des arrêts de principe « présente le hideux spectacle d'enfants se plaignant « devant la justice de la longévité de leur père ». Un contrat de mariage passé en 1787 en la coutume de Saint-Omer portait « que le survivant jouirait sa vie durant « sans caution de la moitié qui appartiendrait au premier mourant dans les « conquêts immeubles que les époux feraient avec les profits de la communauté ». La mère morte en 1815, le contrat de mariage fut exécuté. Les enfants se ravisèrent plus tard et demandèrent leur réserve sur ce que leur père avait reçu en vertu de la clause rapportée. La Cour de Cassation rejeta leurs prétentions, jugeant que la clause constituait une convention de mariage et non une donation (Cass. rej., 20 janv. 1830, S. 1830-1-75. S.C.N.T. X, p. 435).

munauté et sur une négation : les arguments tirés par la théorie de la fiction des articles 1516 et 1525 ne sont nullement probants, ces articles ne disent pas « ...est regardé comme n'étant pas... » et « ...est réputée n'être point... », mais « ...n'est pas regardé comme... » et « ...n'est point réputée... ». Du point de vue lettre de loi la théorie de la fiction n'est point fondée. Cette opinion comporte une grande part de vérité, il est absolument certain que l'intention libérale se trouve absente de bien des contrats de mariage établissant un partage inégal et ayant au contraire pour but de rétablir une égalité que ne pourrait réaliser la simple adoption du régime légal.

Une troisième théorie trouve les deux précédentes trop absolues (22). Elle constate qu'il existe à la fois des cas où les parties n'ont point d'intentions libérales et veulent par différentes clauses rétablir l'égalité entre elles et des cas où au contraire l'intention libérale est incontestable. Dans les premiers cas il ne saurait être question de fiction, dans les derniers on ne saurait dire que les articles 1516 et 1525 correspondent à la réalité. Pour Planiol, Ripert et Nast (*Traité pratique*, tome IX, § 962), « la vérité est que la loi a précisément voulu qu'on « ne cherchât pas dans chaque cas la nature exacte de la convention de mariage et qu'il fut en principe interdit aux tiers « de scruter les intentions des époux pour savoir à quel mobile ils ont obéi ».

Il n'est pas vain d'adopter l'une ou l'autre de ces théories ou plutôt de savoir quelle est celle qui correspond à la fois au fait et au droit. On ne saurait non plus abandonner une telle discussion sous prétexte que la jurisprudence a rendu ses décisions sans se soucier d'idées théoriques : une doctrine est toujours nécessaire pour coordonner ces décisions et éventuellement redresser quelques points de détail. Mais ici la question

(22) Cf. Courtois, *op. cit.*, chapitre I, p. 5 :

« ...ces divers avantages se présentent sous un jour tout autre que les « donations ordinaires. Le caractère de gratuité n'y apparaît pas forcément « ou du moins, il ne s'y révèle pas à un degré aussi juridiquement pur ; il « est atténué ou neutralisé par des équivalents pécuniaires ou moraux consentis par l'époux favorisé en apparence. De plus, chaque clause matrimoniale « a une affectation spéciale : elle règle notamment la situation de certains biens « dans l'association conjugale. Sans doute peut-elle être détournée de ce but « pour dégénérer en avantages, mais telle n'est pas sa raison d'être, comme « celle de la donation... une clause d'avantage matrimonial ne se conçoit que « par rapport à un ensemble complexe de stipulations qui forment proprement « le régime. »

théorique a en outre un immense intérêt pratique. On a vu que la première conséquence du caractère onéreux des avantages matrimoniaux était de faire échapper les parties aux droits de mutation par décès, et ceci représente pour elles un gros intérêt. L'administration de l'Enregistrement, par contre, voit lui échapper tous les ans des sommes importantes (23) après avoir plaidé pendant un siècle avec des alternatives de succès et de revers contre les contribuables récalcitrants. L'arrêt des Chambres réunies de la Cour de Cassation rendu en 1891 marqua une défaite du fisc, mais celui-ci essaya alors à maintes reprises, par le canal des lois de finances, qui sont propices à certaines réformes, de faire voter par les Chambres des dispositions lui permettant d'exiger les droits de mutation par décès sur les avantages matrimoniaux. Chaque fois la réforme échoua devant la Chambre ou le Sénat, après de fort intéressantes discussions. Le fisc, parlant par la voix du ministre des Finances, des présidents et rapporteurs de commissions et des directeurs de l'Enregistrement, soutenait bien entendu la théorie de la fiction légale, qu'il avait incontestablement le devoir et le droit d'ignorer cette fiction et de mettre ses dispositions en harmonie avec la réalité matérielle et juridique (24). On ne peut que s'étonner du rejet des articles présentés, le fisc avait vraiment beau jeu de combattre des théories mal construites : un argument est vraiment très fort dans le sens de la fiction, les mêmes avantages sont traités de façon différente suivant qu'il y a ou non des enfants d'un premier lit. Incontestablement en leur présence ces avantages constituent des libéralités, ce n'est donc que par une fiction que la loi peut leur accorder dans d'autres cas le caractère onéreux ; cette fiction se justifie par différentes considérations propres au droit civil *mais complètement étrangères au droit fiscal* (24). Le rejet doit, je crois,

(23) L'Enregistrement fixait avant guerre à 30 millions la somme qui lui échappait ainsi. En francs Mars 1937 (septième partie du poids d'or du franc de Germinal) cela représenterait 210 millions, mais il est nécessaire d'appliquer le coefficient de la réduction subie par l'annuité successorale, on peut donc estimer à 150 millions le produit éventuel du droit de mutation par décès appliqué aux avantages matrimoniaux.

(24) C'est aujourd'hui au lieu commun que de constater que le fisc ne se préoccupe nullement du mariage et de la famille, ne cherchant que l'occasion de percevoir à tort et à travers. Quelle différence entre le langage officiel du *xx^e* siècle et les ordonnances des *xvi^e* *xvii^e* et *xviii^e* siècles sur cette question des avantages matrimoniaux ! Non, le fisc ne doit pas se désintéresser de la

être attribué aux conséquences exagérées et injustes des dispositions présentées, conséquences parfaitement mises en lumière par différents orateurs.

Voici donc comment se présente la question de la nature des avantages matrimoniaux : peu de textes, des décisions de jurisprudence réglant tous les points de détail, mais aucune doctrine incontestée, susceptible d'expliquer le droit positif et éventuellement d'éclairer le législateur au point de vue fiscal.

La théorie de la fiction risque, on l'a vu, d'aboutir à des injustices. La théorie adverse ne correspond pas toujours à la réalité et elle n'explique pas le principe de la gratuité en présence d'enfants d'un lit précédent, alors que les deux points de vue sont absolument liés (25). La troisième constate des résultats, leur trouve un motif mais n'explique rien. Chacune des trois contient une part de vérité, mais aucune n'est parfaite.

La raison de cette situation est simple à trouver. Les questions de droit matrimonial touchent à la fois aux idées morales et religieuses, dépendent des conditions économiques et cela fait qu'elles évoluent perpétuellement et lentement (26). Le lé-

famille et des sages principes du Code Civil. L'héritage moral des générations passées ne doit pas être répudié en quelques instants. Des besoins malgré tout passagers ne doivent pas faire oublier l'expérience ininterrompue de quinze générations !

(25) L'important est justement d'expliquer les différences entre les deux cas, « quoiqu'on en dise, il n'y a rien d'absurde à considérer les avantages entre « époux tantôt comme à titre onéreux, tantôt comme à titre gratuit, suivant « qu'il existe ou non des enfants d'un précédent mariage. Le législateur n'est-il « pas libre d'attribuer une nature juridique à un acte dans certains cas et une « nature juridique dans d'autres cas ? » (Degaïgne, *op. cit.*, p. 43). Seulement il ne s'ensuit pas nécessairement comme dit l'auteur que le législateur aie recours à une fiction qu'il applique dans un cas et non dans l'autre. Peut-on d'ailleurs parler de fiction pour les avantages résultant de la simple adoption de la communauté légale ? Non et l'auteur est assez embarrassé pour soutenir sa théorie. « C'est en vue du cas où les parties dépassent les limites des aliénations que comporte la communauté légale que le législateur a formulé la « fiction... Il ne l'a point formulé à propos de la communauté légale car il « n'avait pas besoin de s'accorder une fiction à lui-même, il n'avait qu'à « statuer souverainement à déterminer par un acte de sa volonté toute puis- « sante la composition de la communauté. Il avait au contraire raison d'accorder une fiction aux contractants, ici, la fiction a son utilité ; elle a fourni « aux rédacteurs du Code Civil un procédé commode pour soustraire certaines « clauses du Contrat de mariage au régime compliqué des donations... » (*Ibidem*, p. 52).

(26) Cette idée était chère à Charles Lefebvre qui l'a particulièrement développée dans ses cours à la Faculté de Droit de Paris.

gislateur peut les réglementer, mais il ne peut les dominer, il ne les précède pas, il les suit : il est en conséquence insuffisant de chercher la vérité exclusivement dans les articles du Code, elle se trouve dans l'ancien droit. Les textes du Code sont insuffisants : il est vain de discuter sur la place d'une négative dans deux articles dont on convient qu'ils sont mal rédigés. L'utilité de l'histoire est incontestable pour étudier des articles reproduits d'après Pothier, et une étude historique ne pourrait se borner à l'étude des œuvres de celui-ci, s'il a, en effet, servi de modèle sur bien des points c'est qu'il était le dernier en date des grands jurisconsultes, mais on peut affirmer que les rédacteurs du Code Civil ne voyaient pas l'ancien droit à travers lui seul. Il a écrit sur le dernier état de l'ancien droit et est sans doute sur bien des points plus proche du Code Civil que du droit du xvi^e siècle : d'où la nécessité de remonter au-dessus de lui.

Ce recours à l'histoire est d'ailleurs bien dans l'esprit du Code pour tout le droit matrimonial. Le titre « Du Contrat de Mariage et des droits respectifs des époux » commence par l'article 1387 qui indique le caractère essentiellement supplétif des dispositions qui suivent. Sous quelques réserves qui sont indiquées (entre autres la prohibition de stipuler de manière générale une référence aux anciens statuts et coutumes) les époux peuvent stipuler des conventions spéciales comme ils le jugent à propos. Comme l'imagination a des limites et que la fantaisie est étrangère à ces choses, cette liberté des conventions matrimoniales de l'article 1387 équivaut au maintien tacite des clauses « ci-devant » usitées : on a avec juste raison abrogé la lettre de l'ancien droit incompatible avec la promulgation d'un droit nouveau, mais on en a avec plus de raison encore maintenu l'esprit qui était indispensable pour guider et vivifier le droit nouveau.

Il est donc utile en la matière d'étudier l'ancien droit parce qu'il a été l'introducteur du droit nouveau à la fois dans sa lettre (par le canal de Pothier) et dans son esprit.

§ 2

L'utilité d'une étude historique est telle qu'il ne se trouve guère de monographie sur la question sans une partie historique plus ou moins importante ou sans au moins quelques

références à l'ancien droit. La plupart d'entre elles se bornent à l'appréciation des textes de Pothier, Le Brun, plus rarement de Ricard, Renusson, Ferrière, exceptionnellement de Coquille et ses contemporains. On rencontre aussi des études de droit local.

Extrêmement rares par contre dans ces monographies sont les décisions de la jurisprudence. J'ai relevé plusieurs fois, par exemple, l'arrêt sans date rapporté par Henrys sur les avantages résultant de la communauté (Coin-Delisle paraît être le premier auteur moderne à le citer). L'arrêt dit « des Poitevins » — extrêmement important — est également plusieurs fois cité, mais l'un et l'autre sont des exceptions qui confirment la règle. Et cependant, surtout en histoire, la jurisprudence et la doctrine sont aussi indispensables l'une que l'autre, la seconde est évidemment toujours basée sur l'étude de la première, mais ne saurait dispenser de son étude. En effet, la doctrine reflète toujours — dans une proportion variable — la pensée personnelle de son auteur en même temps que les décisions, ce qu'on ne saurait d'ailleurs lui reprocher, puisque son but est leur appréciation critique. On verra ainsi que les appréciations de Coquille donneraient une idée inexacte du droit de sa période si son lecteur ne se reportait à la jurisprudence.

Les arrêts ont en outre le grand avantage de bien marquer les dates de l'évolution du droit ; il est de plus facile de les nommer et leur nom suffit ensuite pour évoquer une tranche de droit, de droit pratique dont les leçons sont plus faciles à retenir quant on connaît les circonstances du procès.

La jurisprudence tiendra donc sous le bénéfice de ces observations une place très importante dans cette étude des avantages matrimoniaux dans l'ancien droit.

Je me suis bien entendu adressé en premier lieu aux grands ouvrages classiques concernant la coutume de Paris et l'ensemble du ressort du Parlement de Paris. En ce qui concerne le reste des pays de coutumes, j'ai trouvé peu de choses, sauf pour la Bourgogne et dans les ouvrages du Premier Président Bouhier. La jurisprudence même du Parlement de Paris qui comprenait dans son ressort plusieurs pays de droit écrit (sud de l'Auvergne, Lyonnais, Forez, Beaujolais, etc.), m'a amené à parler du droit écrit. Il s'agit d'étudier le droit d'une période (xvi^e-xviii^e s.) où la question n'était plus de savoir si l'on pouvait

stipuler une société ou une communauté en pays de droit écrit : l'affirmative était admise, mais la discussion demeurait sur le caractère gratuit ou onéreux d'une telle stipulation au point de vue de la légitime et de l'Edit des secondes noces, ce qui est précisément le sujet de cette thèse. C'est au Parlement de Bordeaux surtout que la question s'est agitée, la stipulation d'une communauté d'acquêts adjointe au régime dotal y était sinon fréquente au moins courante.

J'ai été en outre amené à traiter du douaire et de l'augment, institutions parallèles, toutes deux disparues depuis le Code Civil et qui sans se rattacher directement à la question des avantages matrimoniaux, ne lui sont pas étrangères et posent parfois les mêmes problèmes. L'augment m'a forcément ramené dans les pays de droit écrit et l'on trouvera plusieurs décisions de Toulouse et Bordeaux qui se rapportent à lui.

Des autres juridictions souveraines du Midi, je n'ai pu relever que quelques décisions de Grenoble et rien pour Aix (dont les arrêstistes sont cependant nombreux jusqu'à la fin du régime), Pau et le Roussillon. En remontant dans le Nord, rien non plus pour Besançon, Metz, Douai, Rouen et Rennes (la bibliographie indiquée ne saurait donc à aucun titre prétendre représenter un tableau même incomplet de nos anciens auteurs).

La doctrine et les arrêts recueillis seront exposés en neuf chapitres. Il eut pu paraître rationnel de m'en tenir à la division en quatre groupes des avantages matrimoniaux : 1° avantages résultant de l'adoption du régime ; 2° de son fonctionnement ; 3° clauses modificatives de la composition de la communauté ; 4° de sa liquidation. Mais une telle division laisse de côté plusieurs des questions soulevées et conduit à disperser des éléments qui ne présentent d'intérêt que s'ils sont groupés.

Il est d'autre part impossible de prendre pour bases les institutions à propos desquelles se présente la question des avantages matrimoniaux et d'étudier par exemple en trois points : le fisc, la légitime, les secondes noces. Chacun des chapitres serait haché de fragments et n'aurait aucune unité.

J'ai donc eu recours à un plan mixte.

En fait, bien que la division soit classique (le français comme le latin aime les divisions harmonieusement balancées, même si elles manquent de fonds : délit, quasi-délit, confrat et quasi-

contrat) les deux premières catégories d'avantages n'en forment qu'une : les avantages qui résultent du fonctionnement de la communauté rentrent dans la première catégorie, comme ceux qui résultent de la communauté d'acquêts. Les deux premières catégories seront donc réunies dans un chapitre premier consacré aux avantages qui résultent d'un régime de communauté. Ici pas de question relative aux problèmes fiscaux, peu de chose pour la légitime : ce chapitre n'examinera la question que par rapport aux secondes noces. Accessoirement un paragraphe sixième et dernier de ce chapitre sera intitulé « Si la communauté de tous biens constitue une aliénation et si le mineur peut en être relevé ». Il n'y est pas question d'avantage mais l'utilité en apparaîtra à la lecture.

Chapitre II. Si les acquêts de communauté « *sunt lucra nuptialia* ». La question ne se pose plus en droit moderne où l'on ne fait pas de distinction des biens suivant leur origine pour régler leur dévolution, elle était par contre extrêmement importante avant 1789. Le second chef de l'Edit prescrivait, on l'a vu, au conjoint survivant remarié de réserver aux enfants de son premier lit les « dons et libéralités » reçus de son conjoint prédécédé. Certaines coutumes comme celle de Paris aggravaient cette disposition.

La question qui se posait était de savoir si les acquêts ou les conquêts retirés par la femme de sa première communauté devaient être classés comme « dons et libéralités » du mari « seigneur et maître » de la communauté, associant sa femme à ses gains. Quand cette conception fut dépassée, la question se posa dans les mêmes termes pour les hommes que pour les femmes : les conjoints étaient alors sur un pied d'égalité absolue, le mari étant seul administrateur de la communauté.

Ce chapitre II ne rentre pas dans la division quadripartite signalée, mais la matière en est si proche de celle du chapitre premier que j'ai jugé devoir les accoler.

Les trois chapitres suivants sont relatifs aux clauses qui modifient la composition et le partage de la communauté. Avec le chapitre V les questions ressortissant à la division quadripartite sont terminées.

Au chapitre VI, examen d'arrêts et d'arguments relatifs aux avantages matrimoniaux en général vis-à-vis de l'insinuation. Chapitre VII, examen des solutions fiscales pour les mutations entre époux.

Au chapitre VIII on sort de la question des avantages matrimoniaux avec le douaire et l'augment. Le titre du chapitre indique bien comment il se rattache aux précédents « Si le douaire et l'augment sont dus à titre gratuit ou à titre onéreux ».

Le chapitre IX « Caractères des peines portées par l'Edit des secondes noces » examine le rôle de la volonté tacite ou présumée des époux en matière d'avantages matrimoniaux.

CHAPITRE PREMIER

SI LES AVANTAGES RÉSULTANT DE L'ADOPTION D'UN RÉGIME DE COMMUNAUTÉ SONT SOUMIS A LA RÉDUCTION DE L'ÉDIT DES SECONDES NOCES

SECTION I

JURISPRUDENCE DES PAYS DE COUTUME

§ I. — DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE

1. — Application de l'Edit en cas d'inégalité des patrimoines.

Très rapidement et sans que la question ait été sérieusement mise en doute, les Parlements décidèrent d'appliquer aux veufs par identité de motifs, les peines portées par le premier chef de l'Edit : c'est ainsi que la question de savoir si les avantages résultant de l'adoption d'un régime de communauté doivent lui être soumis, se pose dans les mêmes termes pour les deux sexes. L'Edit était renouvelé du droit romain où de tels avantages étaient inconnus et de plus Michel de l'Hôpital n'avait pas jugé utile de reproduire la liste romaine des moyens interdits, les Parlements ne disposaient donc que du mot donner : il s'agissait de savoir si les avantages qui peuvent découler au profit du second conjoint aux dépens des enfants du premier lit, d'une inégalité en nature ou en valeur de son patrimoine tombent sous le coup du mot donner. Il paraît à première vue y avoir incompatibilité entre la simple application du droit commun matrimonial qui n'exige aucune volonté et la notion de donation qui au contraire implique une volonté, un *animus*. Néanmoins, il parut indispensable d'appliquer l'Edit pour que le nouveau conjoint ne profitât de tout ou partie de la différence des patri-

moins (1). Toute décision contraire eût permis d'éluder l'Edit. Dans la jurisprudence, la communauté fut donc réputée un « avantage sujet à réduction quand elle est inégale comme « quand elle est faite de tous biens et que celui qui se remarie « a plus de propres que son conjoint » (2).

2. — Arrêts ayant ainsi jugé.

Cette jurisprudence fut établie par une série d'arrêts du Parlement de Paris, rendus en différentes coutumes du ressort aux dates suivantes : 25 mai 1587, 28 avril 1623, 11 février 1640, 27 août 1647, 19 février 1654 et 29 janvier 1658 (3). Ces six arrêts — et je n'en ai pas relevé qui leur fût directement contraire — ordonnent qu'en cas de secondes noces et quand il subsiste des enfants du premier lit de l'un des conjoints, chacun des mariés reprendra avant partage ce qu'il a apporté même, en effets mobiliers et que la communauté se composera de ce qui restera.

3. — Arrêt du 19 février 1654 (Enfants Chupin contre Catherine Gerbaut).

Voici ce dont il s'agissait dans l'affaire sur laquelle intervint l'arrêt du 19 février 1654 (4).

En 1620, Catherine Gerbaut n'ayant que 4.000 livres de bien, contracta mariage avec Robert Chupin, charpentier à Paris, qui édifia une grosse fortune et laissa en mourant la somme, considérable pour l'époque, de 200.000 livres. Un inventaire fut dressé et la communauté se composant, partie d'immeubles, partie de meubles fut partagée entre la veuve et ses enfants. Sa douleur apaisée et les délais de droit et de convenance écoulés, la veuve du maître charpentier apporta ses 100.000 livres en dot à un gentilhomme, écuyer de la duchesse de Rohan, dont la situation et l'état étaient brillants mais la bourse plate. Le con-

(1) Ricard, *Traité des donations*, 3^e partie, chap. 9, glose 2.

(2) Ferrières, *Corps et compilation de la coutume de Paris*, article 279, glose 2.

(3) Les coutumes de Maine et d'Anjou ne faisaient commencer la communauté entre époux qu'après un délai d'an et jour, mais permettaient de la faire commencer dès le jour de la célébration. Si un homme convolant en secondes noces usait de cette faculté, les acquêts faits medio tempore étaient soumis à la réduction de l'Edit, aux termes d'une Jurisprudence constante du Parlement de Paris. (Ferrières, *Corps et compilation de la coutume de Paris*, article 279, glose 2, n^o 13.)

(4) Voyez chapitre II, § 1, n^o 6.

trat de mariage des nouveaux époux stipula qu'ils seraient communs en biens meubles et conquêts immeubles faits pendant le mariage — selon la coutume de Paris —. En outre, la future épouse donnait au futur époux une part d'enfant le moins prenant ainsi que le permet l'Edit des secondes nocés.

Les enfants Chupin attaquèrent aussitôt leur mère et leur beau-père, demandant que le contrat de mariage fût annulé et leur mère tenue « d'employer les effets mobiliers dont elle « avait amendé de son mari et qu'elle avait partagé avec eux « en acquisition d'immeubles, lesquels ne pourraient être aliés « nés à leur préjudice ». La donation d'une part d'enfant le moins prenant remplissait leur beau-père de tout ce qu'il pouvait recevoir, et dès lors les avantages qu'il retirait de la communauté légale qui avait été stipulée étaient révocables aux termes de l'Edit.

Les enfants invoquaient l'article 182 de l'ordonnance de Blois par lequel « tous dons et avantages faits par des veuves « qui ont des enfants, lesquelles se remariant à personnes indignes de leur qualité, sous couleur de donation, vendition, « association à leur communauté ou autre prétexte quelconque « sont de nul effet ».

Les enfants arguaient aussi de l'article 279 de la coutume de Paris défendant aux veuves de disposer de leurs conquêts au préjudice des parts et portions dont les enfants pourraient amender d'elles. Ils avaient un intérêt évident « d'empêcher « que tous les effets, mobiliers ne pussent être dissipés et con- « sommés par un second mari et il était raisonnable d'obliger « leur mère et son second mari de les employer en acquisitions « d'héritages ».

Les nouveaux conjoints n'opposèrent point de conclusions sérieuses sur la question de la rescision de la communauté et leurs arguments restèrent dans des généralités sur le point de l'emploi forcé.

L'avocat général Bignon « adhéra aux conclusions des enfants » et celles-ci furent suivies par la Grand'Chambre dans son arrêt du 19 février 1654 (5).

(5) Renusson, *Traité de la communauté*, 4^e partie, chapitre 3, § 26.

Du Fresne, *Journal des audiences*, livre 7, chapitre 32.

Soefve, *Nouveau recueil de plusieurs questions notables*, centurie 4, chapitre 13.

L'emploi forcé en immeubles à quoi fut condamné la veuve était évidemment un moyen propre à l'empêcher de léser ses enfants : la loi *Feminae*

4. — Arrêt du 29 janvier 1658 (Enfants Moncelle contre Pierre Bonneau).

L'arrêt du 29 janvier 1558 fut également rendu par la Grand' Chambre du Parlement de Paris (confirmant les conclusions de l'avocat général Talon). L'affaire venait sur appel d'une sentence du bailli de Montargis rendue le 6 mai 1656 et qui fut cassée. Les appelants étaient les enfants de feu Pierre de Moncelle et Perrette Charpentier ; après la mort de Pierre de Moncelle, sa veuve s'était remariée avec Pierre Bonneau, l'intimé au procès. Le contrat de ce second mariage portait que les futurs époux « seraient uns et communs en biens meubles et conquêts im-
« meubles faits pendant le mariage » (communauté légale). La femme négligeait donc de se stipuler propres ses meubles, dont la valeur (plus de 16.000 livres) était assez considérable ; Pierre Bonneau avait mis en communauté les 4.000 livres d'effets meubles qu'il possédait.

Les enfants Moncelle soutinrent leur appel en exposant le préjudice que leur portait la communauté de meubles et acquêts adoptée par leur mère : ce préjudice se transformait pour leur beau-père en un avantage qui par cela même était sujet à l'Edit.

5. — Raisons contre l'application de l'Edit.

L'intimé soutenait au contraire qu'il n'y avait point de réduction à faire, « que Perrette Charpentier, par le contrat de « son second mariage, s'était conformée à la coutume ; qu'elle « n'avait rien fait que ce qui était de droit commun, qu'elle « avait fait ce que la coutume aurait fait s'il n'y avait point eu « de contrat de mariage ou si par le contrat il n'y avait aucune « stipulation de communauté ». Quand la loi ou la coutume fait un avantage sans le fait de l'homme, l'Edit ne peut y être étendu à cause de son caractère pénal ; la communauté doit donc lui échapper puisque non seulement elle est permise par la coutume, mais encore qu'à défaut de stipulation expresse elle a lieu quand même (6).

de Valentinien III et Théodose II voulait que les dons et avantages faits par le premier époux à quelque titre que ce soit, soient convertis par le seul fait des secondes noces en un simple usufruit et que la propriété en soit assurée aux enfants du premier lit sans qu'on puisse les aliéner ou autrement en disposer à leur préjudice. Il est probable que le Parlement songea à la loi *Feminae* en rendant l'arrêt dont il s'agit.

(6) Ferrières, *Corps et compilation de la coutume de Paris*, article 279.

Renusson, Du Fresne et Soefve, *loc. cit.*

Le Brun, *Traité des successions*, livre 2, chapitre 6, section I, distinction 4.

Ces conclusions de l'intimé résumaient parfaitement ce qui peut être dit contre l'application de l'Edit aux bénéfices résultant d'une communauté coutumière — mais elles furent impuissantes à faire fléchir la jurisprudence.

6. — Différence de traitement entre la communauté coutumière et le douaire coutumier. Pourquoi ?

Le Brun en rapportant ce dernier arrêt insiste sur l'un des arguments donnés par Pierre Bonneau et dit : « le sujet de « douter a été qu'une communauté dont l'apport respectif a « été inégal n'en est pas moins conforme à la coutume quand « l'on n'y fait entrer que les meubles et conquêts, il est d'ailleurs « constant que quelque avantageux que soit le douaire de la se- « conde femme, il n'est jamais sujet à l'Edit ».

Le douaire coutumier en effet échappait à la réduction de l'Edit parce que « bénéfice de la loi ». La communauté légale n'est-elle pas aussi un « bénéfice de la loi ? » Pourquoi dès lors deux traitements pour deux institutions qui ont la même source ? Y a-t-il un fondement rationnel à cette solution ou repose-t-elle sur l'arbitraire ?

7. — Raison de fait : l'un est limité par la coutume, l'autre pas.

Il y avait une première différence entre le douaire coutumier et la communauté légale. Dans la coutume de Paris par exemple, le douaire est un « simple usufruit de la moitié des immeubles que le mari possède au jour des épousailles et de ceux « qui lui échéent pendant le mariage en ligne directe ». En plusieurs coutumes le douaire n'est que l'usufruit du tiers des immeubles. Ainsi les coutumes elles-mêmes limitent-elles le douaire, tandis que la communauté peut aller bien plus loin et comprendre tout le bien des conjoints quand par exemple ils n'ont que des effets mobiliers. Un veuf riche en meubles qui se remarie se trouve avantager son second conjoint par le seul fait de l'adoption du régime de la communauté légale.

Ainsi donc le douaire coutumier et la communauté coutumière constituent-ils bien des avantages ayant leur origine dans la loi. Mais le douaire est limité dans sa quotité par les textes

mêmes qui l'instituent et par rapport à l'Edit des secondes noces cette limite a paru suffisante. Par contre, l'avantage qu'une personne peut recevoir par le jeu de la communauté peut aller jusqu'à la moitié du total de la fortune de son conjoint ; de plus cet avantage peut aller aussi bien d'une veuve à son second mari que d'un veuf à sa seconde femme. « C'est pourquoi on a trouvé « raisonnable de ne pas laisser aux personnes qui se remarient, « lorsqu'elles ont des enfants, d'avantager leur second conjoint « par le moyen de la communauté », et de réduire cet avantage et tout ce que le conjoint a reçu, ensemble, à une part d'enfant le moins prenant (7).

Une raison de fait justifiait cette différence de traitement entre le douaire et la communauté. Il y avait aussi une raison de droit.

8. — Raison de droit : la communauté légale a pour base la volonté tacite des époux.

La loi est bien la seule source du douaire coutumier, mais il est faux de dire que dans le cas de la communauté légale le second conjoint ne tienne l'avantage qu'il reçoit que de la loi et non de son époux.

Quoique cette communauté soit appelée légale, ce n'est pas néanmoins la loi qui en est la cause immédiate. Elle n'est pas formée *vi ipsius consuetudinis immediate et in se*. « La cause « immédiate qui produit et établit cette communauté est une « convention qui à la vérité n'est pas expresse et formelle, « mais qui est *virtuelle et implicite*, par laquelle les parties en « se mariant quand elles ne se sont pas expliquées sur leurs « conventions matrimoniales, sont censées *tacitement* convenues d'une communauté de biens telle qu'elle a lieu par la « coutume du lieu de leur domicile, suivant ce principe de « droit : *In contractibus, tacite veniunt quae sunt moris et consuetudinis* » (8). Dans les provinces où la communauté légale a lieu par le seul fait de l'absence de stipulation expresse sur le régime des biens, les époux sont donc « censés tacitement ou « du moins virtuellement convenus d'établir cette communauté

(7) Renusson, *Traité de la communauté*, loc. cit.

(8) Pothier, *Traité de la communauté*. Principes préliminaires. Cette analyse reproduite par Pothier a été faite pour la première fois par Dumoulin.

« et de la composer de toutes les choses dont la loi déclare qu'elle est composée » (9). *Id acquiritur ex providentia hominis quod acquiritur ex dispositione legis cui partes poterant renuntiare.* Une femme en renonçant à la faculté que lui ouvre la coutume de faire une stipulation de propre et en laissant tomber en communauté ce qu'elle a de plus en mobilier que son second mari est censée lui faire le même avantage que celui qui est fait dans le cas d'une communauté conventionnelle à un second mari lorsque la femme y apporte plus que lui ; dans l'un et l'autre cas il y a lieu d'appliquer l'Edit des secondes noces.

Ce raisonnement qui considère comme réductible un avantage résultant de la communauté légale s'applique bien entendu à la communauté légale expressément stipulée dans un contrat de mariage.

9. — Pas d'exception à l'application de l'Edit.

On s'est demandé si en cas de remariage d'une femme riche avec un homme de peu de fortune mais ayant de gros revenus de son travail et de son activité, il n'y avait pas lieu de considérer qu'il s'opérait une espèce de compensation (au sens courant du mot) entre ce que les époux apportaient chacun de son côté. L'équité et les principes généraux du droit ne permettent-ils pas de dire que ce que la femme a apporté en biens de plus que son mari cesse d'être un avantage sujet à la réduction de l'Edit ?

Ces principes sont vrais en théorie, mais ils étaient difficiles à appliquer en pratique. Une estimation de l'industrie du mari serait difficile et arbitraire et il ne faut pas oublier que la femme apporte de son côté une activité qui bien que ne se traduisant pas par des rentrées pécuniaires, ne laisse pas de profiter à la communauté (10).

Ainsi donc on peut dire de façon absolue que l'Edit des secondes noces s'appliquait chaque fois que les apports des conjoints étant inégaux, la communauté légale se traduisait par un avantage pour le second conjoint.

(9) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, 7^e partie, chapitre 2.

(10) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, loc. cit.

§ II. — DE LA COMMUNAUTÉ UNIVERSELLE

10. — Arrêts.

La question des avantages résultant d'une communauté de tous biens souffrit moins de difficultés et fut résolue plus tôt.

Le 25 mai 1587, le Parlement eut à juger la chose entre d'une part Marie Beraut, fille d'un second lit de Barbe la Tour et Jeanne Coignet, fille d'un premier lit de celle-ci, d'autre part. Barbe la Tour avait contracté avec son second mari une communauté de tous biens : cette communauté fut rescindée par le Parlement comme une donation frauduleuse et la fille du premier lit reçut la moitié des biens maternels (11).

La même chose fut jugée le 28 avril 1623 en la Grand'Chambre du Parlement de Paris, le Premier Président Séguier séant, après plaidoiries de M^{es} Champagne et Richelet. L'affaire était entre Pierre Bodineau, veuf d'Anne Corvée, et leurs enfants d'une part, et d'autre part les enfants le Nonnan, issus d'un premier lit d'Anne Corvée. Le contrat de mariage dont il était question avait stipulé que tous les meubles, acquêts et propres de chacun des époux entraient en communauté : la convention était donc réciproque, et en fait Pierre Bodineau avait apporté presque autant que sa femme. Mais c'est en vain qu'il alléguait cette réciprocité et qu'il s'agissait d'une simple convention de communauté conjugale dans la bonne foi de laquelle le mariage s'était accompli et consommé.

§ III. — DE CERTAINS AVANTAGES RÉSULTANT D'UN RÉGIME
DE COMMUNAUTÉ QUI ÉCHAPPENT A LA RÉDUCTION DE L'EDIT

11. — Partage par moitié.

Il était de jurisprudence constante dans l'ancien droit que si un mari accordait à sa seconde femme un partage par moitié dans une coutume n'accordant aux femmes qu'une portion moins

(11) Chopin, *Commentaire sur la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, livre 2, titre 3, § 20.

dre en la communauté, il n'y avait point là un avantage sujet à la réduction de l'Edit parce que ce partage était de droit commun en France (12).

12. — Renonciation à une communauté avantageuse.

Le 22 janvier 1618 (13) il a été jugé au Parlement de Paris « qu'une mère ne pouvait pas être contrainte par les enfants du « premier lit, d'accepter la communauté de son second mari « quoique riche et opulente et qu'ils offrissent bailler bonne et « suffisante caution de l'acquitter et indemniser de l'accepta- « tion, soutenant que c'était un avantage indirect qu'elle voulait « faire à ses enfants du deuxième lit à leur préjudice (au préju- « dice de ceux du premier lit). Brodeau concluait de cet arrêt « que la gratification dont il s'agit n'est point sujette à l'Edit ».

13. — Les sociétés d'acquêts échappent à la réduction. Arrêts.

Un arrêt du Parlement de Paris du mois de juillet 1563 (14), dont il est question par ailleurs avait laissé subsister une communauté d'acquêts entre une femme et son second mari : et cependant cette communauté était opulente et avait été formée avec les revenus des biens propres de la femme.

Cet arrêt fut implicitement confirmé par celui du 22 février 1601 (Affaire Nicolas Deslions contre les héritiers de Pisseleu), dont il est question par ailleurs (15), par lequel le Parlement laissa subsister une société d'acquêts contractée dans un second mariage. (Le procès roula sur la nécessité de l'insinuation et sur la validité d'une donation, la société d'acquêts ne fut pas attaquée par les héritiers, mais si le Parlement avait voulu la

(12) Le Brun, *Traité des successions*, livre 2, chapitre 6, section I, distinction 4, n° 14.

Ferrières, *Corps et compilation de la coutume de Paris*, article 279, glose 2.

Suivant les articles 392 et 393 de la Coutume de Normandie la femme après la mort de son mari a le tiers des meubles lorsqu'il y a des enfants et la moitié lorsqu'il n'y en a point ou qu'il n'y a que des filles qui ont été mariées du vivant de leur père. Si par dispositions quelconque le mari accordait à sa femme la moitié des meubles hors les cas prévus par la coutume, conformément à la jurisprudence exposée dans le texte, on ne jugeait point qu'il y eût là un avantage sujet à la réduction de l'Edit.

(13) Merlin, *Répertoire de Jurisprudence*, V° rapport à succession § 3, n° 13.

(14) Voir cet arrêt au Chapitre II, n° 23, en un paragraphe où il est contraire à la jurisprudence qui a prévalu depuis sur le point rapporté.

(15) Voir Chapitre VI, n°s 2 sq.

casser, il aurait pu car il s'agissait d'un moyen que l'on qualifierait aujourd'hui moyen d'ordre public et qui pouvait être soulevé en tout état de cause et d'office).

Un arrêt (dont l'arrêtiste ne rapporte pas la date mais qui se place entre 1623 et 1644) du même Parlement de Paris, mais statuant en droit écrit laissa subsister une société d'acquêts entre deux veufs ayant chacun des enfants de leur premier lit. Il en sera question au paragraphe 5.

Ricard relate et approuve cette jurisprudence, l'Edit, dit-il, ne s'applique pas aux profits survenus pendant le second mariage (16).

14. — Quid en cas de succession mobilière échue à l'un des époux ?

Pothier cite un cas où un avantage résultant de la communauté légale échappait à la réduction de l'Edit des secondes nocces : celui-ci ne s'appliquait pas lorsqu'il était échu à l'un des conjoints pendant la communauté, des successions mobilières. L'avantage était de la moitié des successions et l'époux héritier aurait pu dans son contrat de mariage se les réserver propres. On eut pu assimiler ce défaut de stipulation de propres futurs à celui des propres présents et le considérer comme également réductible, mais l'application de plusieurs principes déjà rencontrés fit écarter cette solution.

Il y a en effet une grande différence entre les deux cas. Ce que lors du mariage un conjoint avait en mobilier de plus que l'autre était *quelque chose de certain et de déterminé dont par le défaut de stipulation il se dépouillait* pour le mettre en communauté et l'autre époux acquérait une partie de cet excédent sans avoir rien conféré à la place.

Il n'en est pas de même du défaut de réserve des successions. Ce que l'un des époux a manqué de se réserver par le défaut de la stipulation convenable n'était pas lors du mariage et comme dans le cas précédent quelque chose qu'il eut alors et dont il se soit dépouillé : *cela n'avait rien de certain et ne consistait qu'en espérances*. Il était incertain si l'un des époux recevrait des successions mobilières pendant le mariage et s'il en recevrait plus ou moins que l'autre. Aucun ne doit donc être censé

(16) Ricard, *Traité des donations*, 3^e partie, chapitre 9, glose 2.

avoir par le défaut de réserve des successions voulu faire un avantage à l'autre.

Le Parlement de Paris, par un arrêt du 25 juin 1703 (sur appel d'une décision du baillage de Sens), a jugé « conformément « à ces principes que les enfants d'un premier mariage n'étaient « pas fondés à réputer pour avantage fait par leur mère à leur « beau-père la part qu'il avait eue dans le mobilier d'une succession échue à leur mère pendant le second mariage » (17).

Si cependant l'un des deux a fait dans le contrat de mariage une réserve de propre de ces successions à venir et l'autre point, le défaut de réserve de ce dernier passerait pour un avantage sujet à réduction (Pothier).

Ainsi dans ces deux solutions on voit apparaître les principes de réciprocité : le défaut de réserve de chacun équivaut à une stipulation réciproque, joint au fait qu'il s'agit de choses incertaines il fait écarter l'application de l'Edit, mais celui-ci recommence à s'appliquer dès que la réciprocité cesse.

SECTION II

JURISPRUDENCE DES PAYS DE DROIT ÉCRIT

15. — La question.

On vient de voir quelles étaient les solutions du droit coutumier, le problème était évidemment analogue dans les pays de droit écrit, la nature intrinsèque du régime de communauté de biens entre époux restant partout la même. Néanmoins la question ne se posait dans les mêmes conditions au Nord et au Midi, puisque dans cette région le régime matrimonial de droit commun était le régime dotal.

Dans le ressort du Parlement de Bordeaux, par exception, on trouvait quelques coutumes qui établissaient la communauté sans contrat ; c'étaient les coutumes de Bayonne (titre 9, article

(17) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, loc. cit.

24), du Labourd (titre 9 art. 1), de Soles (18) (titre 24, art. 1^{er}), de Saint-Jean d'Angély (titre 8, article 4), de Saintes (titre 5, article 9).

Partout ailleurs régnait le régime dotal. Mais de bonne heure il fut stipulé dans certains contrats de mariage une société d'acquêts jointe au régime dotal. Cette société d'acquêts devint même extrêmement fréquente dans certaines régions, à Bordeaux par exemple.

La question se posait ainsi : « on demande si en pays de « droit écrit la communauté entre mari et femme n'étant pas « acquise de plein droit elle y pouvait être stipulée et si ayant « été stipulée l'avantage qui en pouvait revenir à la seconde « femme était sujet aux lois de secondes noces » (19).

§ IV. — DES RAISONS ALLÉGUÉES POUR ET CONTRE L'APPLICATION DE L'ÉDIT

16. — La loi cum his status.

C'est tout naturellement au droit romain que l'on eut d'abord recours pour nier la validité des stipulations de communauté en pays de droit écrit.

Voici le texte sur lequel on discutait : « Si inter virum et « uxorem societas donationis causa contracta sit, jure vulgato « nulla est. Nec post decretum senatus, emolumentum ea liberalitas ut actio pro socio constituatur, habere poterit. Quae « tamen in commune tenuerunt, sine praestituto revocanda non « sunt. Idcirco igitur pro socio non erit quia nulla societas est « quae donationis causa interponitur nec inter caeteros et propter hoc nec inter virum et uxorem ». Loi cum his status si inter ff. de donationibus inter virum et uxorem). Mais ainsi que le faisait remarquer Le Brun (20), ce texte « parle d'une société « contractée pendant le mariage et qui sert de couleur à une « véritable donation : ce qui ne se vérifie pas dans une communauté égale stipulée dans un contrat de mariage quoi qu'en « pays de droit écrit ».

(18) La ville de Soles fut rattachée au Parlement de Pau lors de la création de celui-ci.

(19) Renusson, *Traité de la communauté*, 4^e partie, chapitre 3.

(20) Le Brun, *Traité des successions*, titre II, chapitre 6, section I, distinction 4.

17. — S'il y a donation de la moitié des fruits de la dot.

Un texte de Marcien fut également invoqué (21) : *bona autem propria sunt quae nulla necessitate juris, officii, sed sponte praestantur*. Or, évidemment, ce n'est jamais une nécessité de droit qui entraîne la stipulation d'une communauté qui fait admettre une femme à la société d'acquêts dans les pays de droit écrit où cette société n'est pas de droit commun. En pareil cas la « donation » faite par le mari aurait comme objet la moitié des fruits de la dot. Normalement ils lui appartiennent entièrement, que s'il consent donc à ce que ces fruits tombent en communauté, il fait une donation. Mais cet argument était facile à réfuter. En effet, l'abandon par le mari de cette moitié est compensé en ce que les charges qui pesaient sur ces fruits deviennent communes en même temps qu'eux. En outre, même sans cela, le caractère de donation ne serait pas absolu : la femme peut se constituer en dot tous ses biens, mais elle peut également ne donner en dot à son mari que ce qu'il lui plaît. Elle pouvait se réserver ce qu'elle voulait ; on ne peut donc pas dire en cas de communauté que le mari lui donne ce qu'elle pouvait garder pour elle (22).

D'aucuns enfin voyaient dans le seul fait que la communauté n'était pas chose ordinaire en pays de droit écrit, qu'elle n'avait lieu qu'en cas de stipulation expresse et que c'était par conséquent une convention extraordinaire et contre l'usage commun, une raison suffisante pour la considérer comme un avantage et la soumettre à l'Edit (23) : cet argument n'était pas le plus fort.

18. — Arguments exposés en faveur de la communauté.

Les arguments que l'on trouve exposés en faveur des femmes ou de leurs héritiers sont voisins de ceux que l'on trouvait en pays coutumiers.

L'intention libérale n'a rien d'évident : le mari, en pareil cas,

(21) Blondeau et Guéret, *Journal du Palais*, tome II. Arrêt du 18 septembre 1690, v. *infra*.

(22) Le Brun, *loc. cit.*

Henrys, *Œuvres*, tome II, livre 4, chap. 6, question 58. Arrêt sans date cité *infra*.

(23) Le Brun, *loc. cit.*

Ferrières, *Corps et compilation de la coutume de Paris*, article 79, glose 2.

n'entend pas faire une donation, et l'on doit considérer le dessein plutôt que l'effet, plutôt l'intention que l'événement (24).

Il s'agit d'une action licite que la loi ni l'ordonnance n'ont entendu prohiber ; elle ne choque pas les bonnes mœurs ; au demeurant *la société conjugale en laquelle les conjoints ne mettent pas autre chose que leur espérance et leur industrie n'a rien qui répugne au droit* « ou qui soit de mauvaise odeur, puis-
« qu'il se peut faire que la femme ait plus d'industrie que le
« mari » (24).

« *N'est-il pas naturel qu'une femme participe à des acquêts qui procèdent d'un commun travail et du bon ménage réciproque des conjoints ?* » La convention d'ailleurs ne coûte rien à son mari (25).

Les principes généraux conduisent à considérer favorablement les stipulations dont il s'agit : « la cour a toujours approuvé toutes conventions semblables qui sont réciproques, ne consistent qu'en espérance et dépendent d'un événement incertain » (26).

Lors de la stipulation, l'avantage dont la femme est susceptible de profiter est doublement incertain : on ne sait d'abord si la communauté sera avantageuse ou désavantageuse et on ne sait à qui elle profitera (27).

§ V. — LES ARRÊTS

19. — Application de l'Edit : arrêts des 14 août 1627 et 5 juillet 1636.

Le 14 août 1627, la Chambre de l'Edit d'Agen jugeant entre les enfants de Jean Devaux de la Tremblade, décida qu'une association entre époux devait être considérée comme un avantage indirect et réductible aux termes de l'Edit des secondes noces (28).

La même question se présenta au présidial de Saintes entre

(24) Henrys, *loc. cit.*

(25) Blondeau et Guéret, *loc. cit.*

(26) Henrys, *loc. cit.*

(27) Le Brun, *loc. cit.*, et Renusson, *loc. cit.*

(28) Blondeau et Guéret, *Journal du Palais*, tome 2 sous l'arrêt du Grand Conseil du 16 septembre 1690.

Béchet, *Traité des secondes noces*, chapitre 23,

les enfants d'un premier mariage de Jean Herne et Marie Bernard, sa seconde femme, devenue veuve. Une sentence du 10 mars 1636 jugea en sens inverse, mais sur appel un arrêt donné en la 2^e Chambre des Enquêtes du Parlement de Bordeaux, au rapport de M. de Tarangue, en date du 5 juillet 1636 (28) infirma la sentence et vint appuyer l'autorité de l'arrêt d'Agen.

Rapprochant ces deux arrêts de celui du 28 avril 1623 du Parlement de Paris (§ 2 du présent Chapitre), Béchét les approuve également : « les premiers enfants, dit-il, semblent avoir
« autant de droit de faire priver le survivant après avoir convo-
« lé à secondes noces, des profits d'une société générale accor-
« dée avec le prédécédé, que d'empêcher un avantage indirect
« sous couleur d'une association comme parle l'ordonnance... les
« avantages de la société contractuelle sont des gains nup-
« tiaux tout ainsi que la stipulation de prendre par le survi-
« vant certaine chose sur les biens du prédécédé. De sorte que
« pénétrant dans la substance de l'une et l'autre convention il
« n'y a point de vraie différence qu'aux paroles et à la façon
« d'exprimer diversement les avantages du futur conjoint. C'est
« à présent notre jurisprudence que personne ne met en
« controverse ».

20. — Affaire Pierre Valoux ; arrêt du Grand Conseil du 18 septembre 1690.

Cette jurisprudence toutefois n'était pas définitive et encore moins incontestée : le 11 août 1687, le juge de Libourne décida qu'une veuve aura sa moitié aux acquêts faits par son mari durant leur mariage, malgré la loi hac edictali et l'Edit des secondes noces. Voici comment l'affaire se présentait (29).

En 1654, Pierre Valoux, riche marchand de Bordeaux, resté deux fois veuf, ayant des enfants de son premier lit, se remaria avec la demoiselle Valérie David ; celle-ci lui apporte en dot une somme de 4.000 livres. Malgré la disproportion des ressources, le mari consent dans le contrat de mariage à associer sa femme à la communauté des acquêts qu'ils feront durant leur mariage. Par une seconde clause Valoux donnait à sa femme l'usufruit de tous ses biens sa vie durant (y compris

(29) Blondeau et Guéret, *Journal du Palais*, tome 2, p. 781, Paris. Arrêt du Grand Conseil du 18 septembre 1690.

par conséquent les biens à provenir de la société d'acquêts), cette dernière clause fut confirmée par un testament en date du 25 mars 1687.

Après la mort de Pierre Valoux, les enfants de son premier lit assignèrent leur marâtre en plusieurs chefs. Sur le premier, le seul qui ait rapport au sujet ici traité, ils demandaient que les donations faites par leur père, même des acquêts, soient déclarées nulles ou au moins réductibles aux termes de l'Edit.

Le juge de Libourne décida, on l'a vu, que la veuve aurait la moitié des acquêts, mais réduisit selon l'Edit la donation universelle.

Les parties ayant respectivement appelé de cette décision, l'affaire vint à Paris devant le Grand Conseil. Les arguments exposés de part et d'autre figurent dans le paragraphe précédent. Les enfants insistèrent sur le caractère frauduleux de la communauté stipulée par le père qui « avait beaucoup d'argent comptant et d'effets mobiliers » et invoquèrent les arrêts du 19 février 1654 (Chupin) et 29 janvier 1658 (de Moncelle) cités au § 1^{er}. Le Grand Conseil, par son arrêt du 18 septembre 1690, réduisit à une part d'enfant le moins prenant tous les avantages faits à la Demoiselle David tant par la société d'acquêts qu'autres dons à elle faits.

C'était la confirmation des arrêts du 14 août 1627 de la Chambre de l'Edit d'Agen et du 5 juillet 1636 du Parlement de Bordeaux ; mais malgré ces arrêts, le sens de la jurisprudence ne me paraît nullement certain. J'ai cité les sentences du 10 mars 1636 du Présidial de Saintes et du 11 août 1687 du juge de Libourne qui montrent bien que l'unanimité n'existait pas et que, au moins dans les juridictions inférieures des pays de droit écrit, l'application de l'Edit aux avantages résultant de la société d'acquêts n'apparaissait nullement comme nécessaire.

Mais il semble bien que le Parlement de Bordeaux lui-même ne resta pas fidèle à sa première jurisprudence : il fut attesté le 8 février 1689, syndics Maîtres Dudon et Litterie fils « que le « pacte par lequel une seconde femme est associée par son « mari aux acquêts ne tombe pas dans le cas de la réduction de la loi Hac edictali » (30).

(30) De Salviat, *La jurisprudence du Parlement de Bordeaux*, p. 18.

21. — Jurisprudence contraire du Parlement de Paris. Affaire Gonon-Faure.

Aussi bien, le Parlement de Paris ayant eu à juger en droit écrit de l'application de l'Edit des secondes noces à une société d'acquêts s'était-il prononcé contre cette application (31).

Pierre Gonon et Anne Faure contractèrent mariage en l'année 1600 ; l'un et l'autre avaient des enfants d'un premier lit. Ils étaient commerçants et stipulèrent expressément dans leur contrat de mariage « que tous les profits, acquêts et conquêts « qui seraient par eux ou l'un d'eux faits pendant le mariage « seraient partis par moitié entre les parties et qu'autrement « le mariage n'eut été accompli ».

A la mort de Pierre Gonon, cette communauté était avantageuse et Anne Faure fit appeler devant le juge de Saint-Etienne son beau-fils Jacques Gonon, fils du premier lit et héritier du défunt pour « voir déclarer le contrat de mariage exécutoire et « venir à partage de la communauté ». On était en Forez, pays de droit écrit : Jacques Gonon soutint qu'il y avait là une convention contraire au droit écrit, un avantage fait à son préjudice et soumis au retranchement de l'Edit.

Sur un premier appel, le bailli de Forez déclara le contrat de mariage exécutoire. L'affaire fut enfin portée devant le Parlement de Paris, qui au rapport de M. Pithou, confirma la décision.

22. — Pas de contradiction entre l'arrêt Gonon-Faure et les autres arrêts du Parlement de Paris.

« Cet arrêt, dit Henrys, est d'autant plus remarquable qu'il « est le premier (32) qui ait jugé la communauté valable et non « réductible ». Il paraît contraire à ceux des 25 mai 1587 et 28 avril 1623 (cités au paragraphe 2 de ce chapitre), mais c'est avec juste raison qu'Henrys dit qu'il n'y a pas entre eux de contradiction formelle. Dans les premiers, il s'agissait d'une communauté de tous biens, ici il ne s'agit que d'une commu-

(31) Henrys, *Œuvres*, tome 2, livre 4, chapitre 6, question 58.

(32) Le contrat de mariage date de l'année 1600. Henrys dit que l'arrêt cité est postérieur à celui de 1623 et cela n'a rien d'in vraisemblable, mais je ne crois pas que l'arrêt soit aussi postérieur à un arrêt du 17 février 1644 de la 2^e Chambre des enquêtes, ce délai de 44 ans paraissant particulièrement long pour un second mariage. Je n'ai pu arriver à une approximation plus précise. L'arrêt dont il est question paraît donc avoir été rendu après 1623 et avant 1644.

nauté d'acquêts. Au premier cas, on présume qu'il s'agit d'une vraie donation, il y a en effet un dessaisissement et les enfants sont privés de l'espérance de succéder à celui de leurs parents qui convole en secondes noces. « Mais si la communauté ne se « contracte que pour les acquisitions futures, en ce cas la convention ne tombe point dans la prohibition de l'Edit des « secondes noces ». Il est tout à fait différent de disposer de choses actuelles, certaines, et de disposer de choses futures dont l'existence même est incertaine.

Cet arrêt du Parlement de Paris n'est pas non plus en contradiction avec ceux des 19 février 1654 et 29 janvier 1658. La communauté réduite aux acquêts est aussi éloignée de la communauté légale que de la communauté universelle : la différence de traitement entre la convention qui échappe à la réduction et celles qui lui sont soumises doit être cherchée là.

§ VI. — SI LA COMMUNAUTÉ DE TOUS BIENS CONSTITUE UNE ALIÉNATION
ET SI LE MINEUR PEUT EN ÊTRE RELEVÉ PAR LE JUGE.

Ce paragraphe ne touche pas directement à la question étudiée dans ce chapitre, mais il en est voisin : il s'agit dans l'un et l'autre cas de savoir si *certaines formes de communauté constituent un titre onéreux*.

23. — Pas de restitution en Bourgogne. Arrêt de 1567.

Le Parlement de Bourgogne refusait en principe la restitution. En 1567 (33) un arrêt débouta une femme des lettres de restitution obtenues par elle contre une communauté de tous biens qu'elle avait contractée avec son mari, pendant sa minorité. Cet arrêt fut fondé sur ce qu' « *une telle association doit être permise propter dubium eventum*, le mari pouvant acquérir par son industrie de plus grands biens que sa femme et « pouvant aussi en recueillir d'autres par succession ».

24. — Même solution en novembre 1570.

Un arrêt semblable fut rendu en octobre 1570 (34). Le président Bégat en allègue comme motifs que par le droit commun

(33) Bouhier, *Œuvres*, tome I, chapitre 21, n° 100.

(34) Bouhier, *ibid.* Bouhier cite cet arrêt d'après les papiers de M. le Président Bégat.

une femme peut donner tous ses biens en dot à son mari « à
« plus forte raison peut-elle les comprendre dans une société
« générale de tous biens contractés avec lui. Il est vrai que dans
« le droit, la femme mineure pouvait être restituée, si par une
« constitution de tout son bien elle épuisait entièrement son
« patrimoine ; mais elle ne l'était qu'en ce cas. Or, une simple
« communauté de tous biens pouvait bien diminuer le patri-
« moine de la femme, mais elle ne l'épuisait pas absolument ;
« du moins cela ne se rencontrait pas en cette hypothèse, où
« la mineure n'avait rien fait que ce qu'aurait fait une majeure ;
« car les lois ne lui accordent la restitution que dans le cas
« contraire ».

25. — Même solution par arrêt du 29 novembre 1613.

Un troisième arrêt dans le même sens fut rendu par le Parlement de Dijon le 29 novembre 1613 (35). En voici l'espèce : par le contrat de mariage de Verrière avec Marie Chaudio, mineure, il avait été stipulé que les futurs époux seraient communs en tous biens. Le mari mourut le premier, laissant un fils François. La veuve s'étant remariée prit des lettres de restitution contre la communauté de tous biens ; à la demande de François Verrières, elle en fut déboutée par une première sentence que confirma l'arrêt du 29 novembre 1613 avec la clause « pour certaines clauses et considérations » (36), Bouhier dit avoir appris que « le motif de la cour fut parce que c'était « le fils du premier lit qui profitait de cette association. Cette circonstance m'a semblé devoir être regardée parce qu'elle est « essentielle... »

26. — Le contraire jugé, mais par arrêts interlocutoires.

Un arrêt de Dijon du 21 janvier 1588 (37) paraît avoir jugé en sens contraire dans l'espèce suivante : un mineur contractant mariage de l'autorité de son tuteur s'était associé de tous biens avec une fille qui n'avait que 16 écus de dot. Après la mort de sa femme, il prit contre cette association des lettres de restitution dont il fut débouté. En appel, il demanda à établir que lors de son mariage, lui avait apporté environ 1200 livres,

(35) Bouhier, *ibid.*

(36) Voir chapitre II, § 3, n° 25.

(37) Bouhier, *loc. cit.*

ce qui faisait une lésion énorme. L'arrêt en question l'admit à la preuve, mais on ne peut donner à cet arrêt que l'autorité d'une décision interlocutoire et ce n'est pas suffisant pour ébranler l'autorité des trois arrêts déjà cités et l'énormité de la lésion peut d'ailleurs justifier la solution donnée.

Deux autres arrêts n'ont pas plus grande autorité. Bouhier (loc. cit.) cite d'après Mornac un arrêt du 16 février 1587 rendu au profit d'enfants d'un premier lit contre ceux du second, mais des circonstances spéciales font « qu'il ne peut être tiré à « conséquence ». Un arrêt du 3 avril 1601 rendu dans le sens opposé à celui du 16 février 1587 « admet en preuve le fait de « la minorité de la femme, avant que de faire droit sur les « lettres de restitution » ; les mêmes réserves sont à faire pour lui que pour celui du 21 janvier 1588, un arrêt interlocutoire ne peut avoir l'autorité d'un arrêt jugeant définitivement une affaire.

Ainsi donc, pour la Bourgogne, on peut poser en fait qu'un mineur ne pouvait être restitué de la clause de son contrat de mariage établissant une communauté de tous biens, mais c'était la seule province où l'on jugeait ainsi.

27. — A Bordeaux rescision partielle, la société demeurant pour les acquêts. Arrêt du 1^{er} juillet 1578.

Le 1^{er} juillet 1578 (39), la Grand'Chambre du Parlement de Bordeaux, sous la présidence de M. de Largebeston, Premier Président, rendit au rapport de M. Montgaillard un arrêt au profit de Catherine Lagorce par lequel la société de tous biens présents et à venir que celle-ci, alors mineure de 25 ans, avait contractée dans son contrat de mariage fut partiellement rescindée, son mari étant mort. Elle avait fait depuis le contrat de riches héritages consistant en bien immeubles : la société fut cassée pour le regard des immeubles et demeura pour le surplus (40). (Catherine Lagorce plaidait contre les héritiers de son mari.)

(38) Bouhier, *loc. cit.*

(39) Autonne, *Commentaire sur les coutumes générales du Parlement de Bordeaux*, article 29.

(40) Cf. Le Brun, *Traité de la communauté*, 1^{re} partie, chapitre 5, n° 18 : « La plupart de nos docteurs ont été d'avis que les héritiers d'un mineur ne « pouvaient pas se faire relever de la clause de son contrat de mariage que « tous les meubles et conquêts appartiendront au survivant, parce que cette « clause ne comprend que les fruits de son travail et non des propres et qu'elle « est réciproque. »

Béchet estime (41) que « si Catherine Lagorce avait fait du profit et que l'héritier de son mari mineur s'en voulut plaindre, elle s'en pourrait défendre pour ce que serait un gain nuptial qu'elle avait fait et duquel il ne serait pas juste de la priver... le droit du mari mineur survivant me semble avoir autant de faveur contre les héritiers de sa femme en les deux cas ».

Conformément à l'arrêt Lagorce l'opinion prévalut en Saintonge (et probablement ailleurs, mais Béchet ne le dit pas) que « la femme mineure recouvrant ses biens propres par une restitution en entier participe aux meubles et acquêts de la société conjugale pour ce qu'elle subsiste *vi statuti* après que la restitution a réduit l'autre à néant ; comme étant toutes deux réellement distinctes et séparées... et cela est d'autant plus vrai que le mari ne pouvant en aucun façon se libérer de la communauté coutumière, peut néanmoins être restitué contre la société contractuelle ».

28. — A Paris, en coutume d'Auvergne, la rescision a lieu. Arrêt du 1^{er} septembre 1640.

Le Parlement de Paris ayant à juger « si une fille mineure en contractant mariage peut contracter association de tous biens présents et à venir et si elle en peut être relevée, quoi que dès lors il n'y eut aucune inégalité » (42), se décida pour la femme comme le Parlement de Bordeaux dans l'arrêt Lagorce. L'arrêt fut prononcé le 1^{er} septembre 1640, confirmant une sentence du Sénéchal d'Auvergne du 2 septembre 1638, rendue elle-même sur appel d'une décision de Thiers du 20 juin 1637.

29. — Et cependant la lésion n'était apparue que postérieurement au contrat.

Voici l'espèce. Gérôme Chaptart et Claudine Vexenat se marièrent en la coutume d'Auvergne. Les deux époux (la femme mineure de 25 ans était autorisée par sa mère) stipulaient dans leur contrat de mariage « le mari et la femme s'associent et demeurent associés en tous biens présents et à venir, meubles et immeubles et chacun par moitié », avec convention de succéder l'un à l'autre en cas de défaut d'enfants. La femme avait

(41) Béchet, *L'usance de Saintonge*, p. 101.

(42) Henrys, *Recueil d'arrêts remarquables donnés en la cour de Parlement de Paris*, livre 4, chapitre 6, question 23.

à l'époque 4 frères et sœurs, elle n'attendait donc que le cinquième de l'héritage de sa mère, mais ses frères et sœurs moururent prématurément et toute la fortune lui échut. Les affaires de son mari devinrent mauvaises. « Ses biens sont saisis et mis
« en criées et ceux qui étaient venus à la femme compris en
« icelles comme étant confus dans la société. La femme voyant
« ce désordre et craignant une ruine complète, s'oppose au décret et demande la distraction des biens maternels. Pour y parvenir elle a recours aux lettres du Prince afin d'être relevée
« de l'association passée par elle mineure. »

Les créanciers s'opposèrent à cette prétention et demandèrent que la femme fut déboutée de ses lettres.

30. — Arguments exposés par les plaideurs.

La femme soutenait que « l'association étant une espèce
« d'aliénation et tendant à rendre commun ce qui est propre
« et particulier, un mineur ne la peut faire. Comme nous disons
« que *qui partage n'acquiert rien et qu'alors quisque suum recipit*, aussi nous supposons que c'est lors que la société a été
« contractée que l'aliénation a été faite... Etant donc interdit au
« mineur de pouvoir aliéner ses immeubles il lui est pareillement défendu de s'associer en tous biens. Quand les lois parlent de l'aliénation, elles en parlent comme d'un genre qui
« comprend plusieurs espèces. » (43) La coutume d'ailleurs en termes formels défend aux mineurs l'aliénation de leurs biens par quelque contrat que ce soit et répète cette prohibition dans les articles consacrés au contrat de mariage.

Les créanciers invoquaient l'adage « *minor laesus restituitur...* ». Et disaient que de nécessité il faut que la minorité et la lésion concourent : la demanderesse était bien mineure au jour du contrat mais elle n'était pas lésée, elle n'a fait que ce qu'une personne majeure eut fait et ne peut donc pas dire qu'elle a été circonvenue, et ceci est pourtant aux termes de la loi une condition essentielle à la restitution du mineur « *si caput est... si minor circumscriptus* ».

La femme n'était donc pas dans les conditions voulues pour la restitution. N'ayant lors du contrat que le quint des biens

(43) Bouhier cite le texte suivant (de la loi *ait praetor*, ff de *minoribus*) : *si minor emit, si vendidit, si societatem coit, si mutuum pecuniam accepit, succuretur...*

de sa mère, elle ne pouvait pas dire qu'elle fut plus riche que son mari ; elle a eu depuis la succession entière de sa mère, mais par un événement fortuit et inopiné qui ne peut pas avoir une effet rétroactif. On ne considère jamais l'événement et ce n'est pas par lui qu'on règle si le mineur est restituable. « Le « jurisconsulte le dit dans des termes exprès : le mineur n'est « pas écouté *si velit restitui occasione damni, non inconsulte* « *accidentis, sed facto*. Ce qu'il dit d'un dommage qui est arrivé « par hasard et qu'on n'a pu prévoir, il faut le dire d'un profit « qui vient inopinément, y ayant autant de raison ».

« Ces raisons étaient assez fortes », conclut Henrys, mais la Cour donna gain de cause à la femme, entérinant les lettres de restitution.

31. — Bordeaux admet une exception à sa jurisprudence : pas de rescision si le demandeur a eu des enfants et s'est remarié.

Cette jurisprudence, permettant la restitution d'une communauté de tous biens passée par un mineur comportait une exception : s'il restait des enfants du mariage et que le survivant des époux, demandeur à la restitution, fut remarié, la restitution cessait d'être accordée. « Le survivant en effet en ce cas a « trop l'air de vouloir arracher des mains de ses premiers enfants les avantages du prédécédé en la société ».

La chose s'étant présentée au Présidial de Saintes entre Maurice Girardeau, tuteur des enfants qu'il avait eus de défunte Jeanne Roland, demandeur en lettres, et Michel Belet, curateur desdits enfants, défendeur, Girardeau obtint une sentence à son profit le 1^{er} juillet 1639, mais cette sentence fut infirmée par un arrêt de mars 1640 rendu en la 2^e Chambre des Enquêtes du Parlement de Bordeaux au rapport de M. Despagnet.

En 1599, le Présidial de Saintes avait rendu une décision, dont il n'y eut pas appel, en faveur de Denis Besnard. Celui-ci, remarié, obtint ainsi, quoique plaidant contre un curateur donné aux enfants de son premier lit, d'être restitué contre la société de tous biens établie dans son premier contrat de mariage. Cette décision ne contredit pas cependant l'arrêt de mars 1640 précité, car Besnard s'était remarié à 17 ans et son contrat de mariage avait été signé « sans l'autorité de son tuteur » (44).

(44) Béchét, *loc. cit.*

CHAPITRE II

SI LES CONQUÊTS DE COMMUNAUTÉ SUNT LUCRA NUPTIALIA

1. — Terminologie.

Une question de terminologie se pose en commençant. Les mots d'acquêts et de conquêts sont aujourd'hui complètement synonymes. Il n'en a pas toujours été ainsi et certains pays coutumiers faisaient une différence. On donnait le nom d'acquêts à certains biens qu'on distinguait des propres et qui ne tombaient pas dans la communauté et celui de conquêts aux immeubles achetés par le mari et la femme pendant leur communauté. Merlin nous dit (1) « dans la coutume de Paris qui « est un modèle à cause du soin avec lequel elle a été rédigée « acquêts et conquêts sont synonymes à la seule différence que « l'acquêt est un immeuble acquis hors communauté et le conquêt un immeuble acquis en communauté. » Dans les pays de droit écrit et spécialement à Bordeaux, cette différence n'existait pas. « Dans notre ressort, dit de Salviat (2), ces deux termes « sont synonymes, ils comprennent l'un et l'autre toutes les « acquisitions tant de meubles que d'immeubles qui se font « pendant le mariage par le travail et l'économie des conjoints. « le premier est le plus usité ; nous usons rarement de celui « de conquêts. »

2. — L'article 279 de la Coutume de Paris.

La coutume de Paris disposait dans son article 279 (3) :
« Femme convolant en secondes ou autres noces, ayant enfants
« ne peut avantager son second mari de ses propres et acquêts

(1) Merlin, *Répertoire de Jurisprudence*, v° Noces (secondes).

(2) Le Salviat, *La jurisprudence du Parlement de Bordeaux*, p. 3.

(3) Cette coutume ne défend point expressément de donner au second mari une portion des conquêts de la première communauté, dont les enfants du

« plus que l'un de ses enfants. Et quant aux conquêts faits
« avec ses précédents maris, n'en peut disposer aucunement
« au préjudice des portions dont les enfants desdits premiers
« mariages pourraient amender de leur mère. Et néanmoins
« succèdent les enfants des subséquents mariages auxdits con-
« quêts avec les enfants des mariages précédents, également
« venant à la succession de leur mère. Comme aussi les enfants
« des précédents lits succèdent pour leurs parts et portions
« aux conquêts faits pendant et constant les subséquents ma-
« riages. Toutefois si le dit mariage est dissolu ou que les en-
« fants du précédent mariage décèdent, elle en peut disposer
« comme de sa chose. »

De nombreuses contestations se sont élevées sur l'interprétation de cet article.

Je vais examiner les solutions données en trois paragraphes.

§ 1. — EXTENSION DE L'ARTICLE 279

Deux questions sur l'extension de l'article :

1° Faut-il étendre ses dispositions aux veufs ?

2° Faut-il sous le vocable de conquêts comprendre à la fois les meubles et les immeubles ou seulement les immeubles ?

3. — Extension aux veufs de l'article 279.

La première question n'est pas exactement semblable à celle qui se posait pour l'Edit des secondes noccs. Là en effet il n'y avait vraiment pas de raisons de ne pas étendre aux hommes les rigueurs qui s'appliquaient aux femmes. Les égarements sont les mêmes chez l'un et l'autre sexe et l'on trouverait plus d'un grand seigneur ayant suivi l'exemple de la maréchale d'Aligre.

4. — Raisons contre cette extension.

Ici au contraire on peut voir les raisons pour ne pas ad-

premier mariage ne pourraient amender, mais l'article 293 de la Coutume d'Orléans rédigée trois ans après celle de Paris par les mêmes commissaires porte « et quant aux conquêts faits avec ses précédents maris, elle n'en peut aucune-
« ment avantager son second ou autre mari ; toutefois peut disposer d'iceux
« à autres personnes, sans que telles dispositions puissent préjudicier aux
« portions dont les enfants des dits premiers mariages pourraient amender de
« leur mère » (l'article 71 de la Coutume de Calais était calqué sur l'article 279 de la Coutume de Paris, Merlin, *loc. cit.*, § 5).

mettre l'extension aux hommes de l'article 279 de la Coutume de Paris (4). Il s'agit d'une classe de biens particulière, les conquêts, qui lors de la dissolution du mariage sont normalement partagés par moitié entre mari et femme, mais qui sont des biens à la formation desquelles le mari contribue plus activement que la femme dans l'immense majorité des cas, de telle sorte qu'il paraît bien y voir le jour du partage une véritable libéralité de celui-ci envers celle-là. Il serait dans ces conditions naturel de ne pas étendre aux hommes un texte qui les empêcherait de disposer librement du fruit de leur travail, alors qu'à considérer le fonds des choses, il ne s'agit pour les femmes que d'une application du second chef de l'Edit. « La « question, dit Ferrières, n'était pas sans difficulté. » (5).

5. — Cette extension est admise par la jurisprudence.

Le 4 mars 1697, la Grand'Chambre jugea sur les conclusions de l'avocat général d'Aguesseau que « *le mari est compris dans la prohibition que fait l'article 279 de la Coutume de Paris de disposer de ses conquêts au préjudice de ses enfants et en faveur de la seconde femme pour une part.* » (6)

Le 24 juillet 1741 la même Grand'Chambre du Parlement de Paris, dans l'affaire Demoiselle Bruand veuve Defaye contre les enfants Defaye du premier lit, jugea de même que « les « articles 293 de la Coutume d'Orléans et 279 de la Coutume « de Paris qui ne parlent que de la femme qui se remarie doivent avoir lieu pareillement contre le mari qui convole en « secondes noces » (7).

Ainsi donc par deux arrêts de la Grand'Chambre, le Parlement de Paris a rejeté la thèse qui vient d'être exposée. On peut penser que la sévérité avec laquelle le Parlement de Paris interprétait l'Edit des secondes noces et les textes qui s'y rat-

(4) Voici ce que Merlin (*loc. cit.*) pensait de la question : « quoique ces « lois peu susceptibles d'extension ne parlent point de l'homme, quoique le « même motif de prohibition ne paraisse point avoir lieu contre lui, le droit « de communauté étant une espèce de bénéfice que la femme reçoit du mari et « non le mari de la femme, puisque les conquêts sont presque toujours les « fruits des travaux de l'homme et non de la femme, cependant... »

(5) Ferrières, *Nouveau commentaire sur la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, article 279.

(6) Du Fresne, *Journal des audiences*, tome 4, livre 4, page 143.

(7) De la Combe, *Arrêts et règlements notables*, chapitre 98.

tachent fut une des causes déterminantes de ces arrêts, mais très certainement si le Parlement avait admis la thèse en question les arrêts rendus eussent été différents ; on ne peut donc que conclure au *rejet de la théorie de l'inégalité entre mari et femme quant à la vocation qu'ils ont sur les biens de la communauté*.

6. — Extension de l'article 279 aux meubles. Opposition de certains auteurs. Raisons alléguées.

Cette sévérité du Parlement se manifesta par une très large interprétation du mot conquêt dans l'article 279. La doctrine était d'avis de restreindre aux immeubles la prohibition de l'article. C'est ainsi que Ferrières (5) déclare « La Coutume
« en cet article ne défend pas à la femme d'avantager un se-
« cond mari des effets mobiliers qu'elle avait eus de la première
« communauté, mais seulement des conquêts, ce qui ne peut
« s'entendre que des immeubles ; et partant celle qui se rema-
« rie peut avantager son second mari des meubles et effets
« mobiliers qu'elle a tirés de la première communauté, de
« la même portion qu'un de ses enfants peut amender de ses
« biens ; ce qui a été jugé ainsi. »

Tel était également l'avis de Ricard (8) : « Il ne faut pas
« omettre de remarquer pour l'explication particulière de l'ar-
« ticle 279 de la Coutume de Paris dont il vient d'être parlé,
« que les conquêts de première communauté qu'il veut être
« compris au rang des biens réservés et dont la femme ne peut
« en façon quelconque disposer au profit de son second mari,
« ne s'entendent que des immeubles et non pas des meubles
« de la première communauté suivant qu'il a été jugé par ar-
« rêt donné en interprétation de celui du 19 février 1654. »

« Ce qui avait été sujet de douter était que l'Edit dans ses
« deux chefs comprend les meubles aussi bien que les im-
« meubles et qu'une femme convolant en secondes noces ne
« peut rien donner à son nouveau mari de ce qui procède de
« la libéralité du premier tant en meubles qu'immeubles, de
« sorte que la Coutume de Paris ayant égalé les conquêts de
« première communauté aux gains nuptiaux, il semblait qu'il
« y avait lieu d'argumenter de l'un à l'autre : néanmoins,
« comme cet article 279 est plus rigoureux que la Loi générale,

(8) Ricard, *Traité des donations*, chapitre 9, glose 5, n° 1337.

« on n'a point cru que l'on dut encore étendre sa rigueur en
« violentant la propriété du mot de conquêt sous lequel nous
« n'entendons communément que les immeubles et lorsque la
« même coutume a voulu comprendre les meubles elle en a
« ajouté le mot dans toutes les matières où elle en parle, soit
« de communauté, de donation, de testament. »

Duplessis toutefois dans son traité des Donations est d'opinion contraire (cité par Ricard).

Ricard appuie son opinion sur un « arrêt donné en interprétation de celui du 19 février 1654 ». Cet arrêt du 19 février 1654, cité par ailleurs avec plusieurs autres (9), ne touche que de loin notre question ; il n'est pas probant : au cours de la dissertation qui l'accompagne et dans les arguments des parties, il n'est pas question de l'article 279.

7. — Cette extension est admise par la jurisprudence. Arrêt du 4 mars 1697.

La jurisprudence se prononça dans le même sens que Duplessis.

Du Fresne, dans l'arrêt précité de la Grand'Chambre du Parlement de Paris rendu le 4 mars 1697, dit qu'il a été ainsi jugé. « Dans le cas de la prohibition à celui ou celle qui se
« remarie de disposer de ses conquêts en faveur du second
« conjoint et au préjudice des enfants d'un premier ou pré-
« cédent lit, les meubles sont compris sous le mot de conquêts. » Et Sauvan d'Aramon qui fit une nouvelle édition des œuvres de Ferrières, nous dit sous l'opinion de celui-ci, et à propos de l'arrêt de 1697, que le Premier Président avertit le Barreau que la « Cour avait jugé la question générale, sans
« s'arrêter aux circonstances du fait ».

La même chose d'ailleurs fut jugée au même Parlement dès l'année suivante, au rapport de Joly de Fleury en faveur de Maître Garanger, avocat, contre Radegonde Berenger, sa mère. « D'autant (10) plus que le mot de meubles n'est pas
« moins compris avec les conquêts dans la seconde partie de
« cet article, qu'il est censé compris dans la première pour
« la réserve des libéralités, l'Edit des secondes noces ayant
« lieu pour les meubles et pour les immeubles. »

(9) Voyez chapitre I, § 1, n° 3.

(10) Ricard, *Traité des donations*, loc. cit., n° 1338.

Cette jurisprudence se maintint et l'arrêt du 24 juillet 1741, précité, jugea de même que dans les articles 279 de la Coutume de Paris et 293 de la Coutume d'Orléans, « la prohibition « de disposer en faveur du second conjoint des conquêts provenant des communautés précédentes s'entend tant des conquêts meubles que des conquêts immeubles ».

§ 2. — S'IL EST POSSIBLE DE DISPOSER EN FAVEUR D'UN SECOND CONJOINT OU DES ENFANTS D'UN SECOND LIT DES CONQUÊTS D'UN LIT PRÉCÉDENT.

L'étude de cette question permettra d'approfondir la notion que se faisait l'ancien droit de la nature des conquêts ; on verra notamment dans quelle mesure il est exact d'assimiler les conquêts d'une communauté aux avantages, aux gains matrimoniaux reçus du conjoint défunt. Il ne sera pas moins intéressant de comparer à ce point de vue la situation du veuf et celle de la veuve.

8. — Arrêt du 21 février 1595 ; les conquêts d'un premier lit non sunt lucra nuptialia (Paris).

Le 21 février 1595, la 5^e Chambre des Enquêtes du Parlement de Paris rendit au rapport de Monsieur Le Prestre un arrêt repoussant l'assimilation des acquêts aux avantages matrimoniaux (11).

« La veuve convolant en secondes noces peut disposer en « faveur de son second mari ou l'un des enfants issus de son « second mariage, de sa part des acquêts qui lui appartiennent de la première communauté de son défunt mari, et l'on « ne peut dire tels acquêts être *lucra nuptialia primi matrimonii* moins provenus de l'avantage ou libéralité du mari « étant déferés legis municipalio beneficio, non ab homine. »

Il s'agissait en l'espèce d'une donation faite par la femme remariée à l'un des enfants communs issus de son second mariage « ce qui est licite et ne tombe point dans l'Edit des secondes noces ».

(11) Louet et Brodeau, *Recueil d'aucuns arrêts notables*, lettre A, nombre 1.

9. — Même jurisprudence à Bordeaux en 1580.

La jurisprudence était à la même époque analogue au Parlement de Bordeaux. Celui-ci jugea le 9 février 1580 « si la « femme convole en seconde nocces ayant des acquêts du premier mariage acquis par le pacte de société, n'est tenue de « les réserver aux enfants du premier lit » (12). Il fut ainsi jugé parce que les acquêts sont un titre onéreux et non point un gain.

Les choses changèrent par la suite, la coutume de Bordeaux décidant que les acquêts doivent être réservés aux enfants.

10. — L'arrêt du 21 février 1595 est peu probant. Sa doctrine est combattue.

Quant à l'arrêt du 21 février 1595 du Parlement de Paris il n'est pas aussi probant que pourraient le faire croire les termes employés par Louet et Brodeau. C'est en effet à juste titre que Ricard nous dit (13) « je m'assure très peu sur cet arrêt parce « que le même auteur en le rapportant encore sous la lettre N, « en fait mention comme ayant jugé une autre question, savoir « que la première partie de l'Edit ne devait s'entendre que « des enfants du second mari seulement, et non pas des enfants communs issus du second mariage ; car encore qu'il « ne soit pas incompatible que l'une et l'autre question aient « été jugées par le même arrêt, néanmoins il n'y a point d'appa-

(12) Automne, *Commentaire sur les coutumes générales du Parlement de Bordeaux*, titre des dots et douaires, article 47, § 42.

Au Parlement de Bordeaux les questions touchant la société d'acquêts étaient souvent compliquées du fait qu'on stipulait que les acquêts appartiendraient aux enfants à naître du mariage.

En principe les acquêts n'appartenaient point aux enfants « s'il n'y a clause « expresse dans le contrat de mariage, encore qu'il y ait société d'acquêts ». Ainsi jugé par arrêt du 30 mai 1672 (Automne, *ibid.*, article 49). Mais lorsqu'il y a enfants de deux lits, en ce cas suivant l'article 70 de la coutume, les acquêts sont aux enfants du mariage pendant lequel ils ont été faits.

On essaya — en vain — d'établir au profit de la femme et pour écarter l'application de l'Edit, une distinction suivant que « la société est ordonnée « par la Coutume ou par pacte apposé au contrat de mariage », en ce second cas la femme aurait pu librement disposer de sa part d'acquêts, le titre en étant onéreux.

La conclusion d'Automne (article 49, § 3) sur ce point était découragée : « On ne peut bailler certaine règle sur ces questions d'acquêts et gain nuptial « et les parties ne s'arrêtent à préjugé, ni résolution d'auteurs, ni consultation d'avocats si grande est la contrariété d'opinions sur ce point ».

(13) Ricard, *Traité des donations*, loc. cit.

« rence vu que Monsieur Le Prestre, qui en était le rapporteur, « en le récitant au Chapitre 49 de la première centurie ne fait « pas mention qu'il ait jugé notre question, mais seulement « celle qui regarde les enfants communs ».

Et Ricard nous cite l'opinion du « Grand jurisconsulte » Jean Fabre qui nous montre que depuis longtemps au moins une partie de la doctrine combattait la thèse de l'arrêt rapporté par Louet. Jean Fabre écrivant sur l'authentique *in donatione* insérée dans la loi *Feminae* qui veut que les donations à cause de noces soient mises au rang des gains nuptiaux qui doivent être réservés aux enfants du premier lit, ajoutait : « *Et per hanc authenticam posset idem dici in conquestis viri in quibus mulier haberet medietatem de consuetudine* ».

11. — Opinion rapportée par Ricard quant aux conquêts qu'une femme remariée a eus de sa première communauté.

Pour lui, Ricard, examinant « *si la part des conquêts que la femme a pris en la première communauté doit être comptée entre les libéralités du mari* », il y a une raison pour l'affirmative, « *c'est que les conquêts sont faits par le mari* qui en « est tellement maître qu'il peut les aliéner librement et en « disposer à sa volonté et si après la dissolution de la communauté la femme ou ses héritiers y renoncent, le tout demeure « de plein droit au mari ou à ses héritiers. Ce qui est si véritable qu'ils ne sont pas tenus de leurs dettes particulières, « ni de payer aucuns droits aux seigneurs desquels dépendent « les biens dont la communauté est composée, comme ils seraient obligés si la femme y avait eu quelque droit. d'autant « qu'en ce cas sa renonciation donnerait lieu à une mutation : « de sorte qu'il semble que la femme en acceptant la communauté tire son droit de son mari et en conséquence que *ce dont elle profite en vertu de cette communauté doit être compté avec les avantages qui proviennent de la part du mari* ».

12. — Le Parlement de Paris se rallie à cette opinion. Arrêt du 18 juillet 1643 en la coutume de Paris.

Le Parlement de Paris ayant à juger « si une femme qui « a convolé en secondes noces peut léguer tous ses conquêts « faits avec son premier mari aux enfants de son second mariage au préjudice de ceux du premier, si en ce cas l'article « 279 de la Coutume de Paris doit être étendu aux enfants

« du second mariage » (14) se prononça le 18 juillet 1643 en faveur des enfants du premier lit.

Voici le fait. Catherine Cothereau, veuve, ayant des enfants de son défunt mari et s'étant remariée avec Jacques Parques, légua tous les acquêts faits par elle avec son premier mari aux enfants qu'elle avait eus dudit Parques. A sa mort le legs est attaqué par les enfants du premier lit et le Prévôt de Paris en interprétant l'article 279 de la Coutume de Paris, déclara le legs « nul » de « nul effet et valeur » et ordonna « que les « enfants du premier lit de ladite Cothereau y auraient chacun leur part et portion contingente avec les enfants du « second lit ».

13. — Raisons alléguées par les enfants du deuxième lit appelants.

Appel par les enfants du second lit, dont les arguments se ramènent à trois : 1° « Les dispositions de la loi Hac edictali « et de l'Edit des secondes noccs prohibent seulement les dons « et avantages faits par les femmes à leurs seconds maris plus « qu'à l'un des enfants de leur premier mariage. Parcillement « tous les arrêts qui ont interprété cette loi et l'Edit ne les ont « jamais étendus aux dispositions faites aux enfants communs « du second mariage ». 2° Les appelants exposaient ensuite le caractère pénal des deux textes dont il s'agit et concluaient en conséquence à leur stricte interprétation, ajoutant « qu'il « n'y avait ni raison, ni apparence de soutenir que la Coutume « ait pensé empêcher une femme qui aurait convolé en secondes noccs de faire des avantages de ses conquêts aux enfants de son second lit. Et si l'intention de la Coutume eut été « de comprendre dans cette prohibition même les enfants du « second mariage de la femme, elle n'eût point manqué de « l'exprimer comme un point d'importance ». 3° Les appelants exposèrent enfin « à tout événement » que la « seule raison « qui pouvait servir de motif à étendre ce qui est disposé pour « les dons et avantages faits par des femmes à leurs seconds « maris aux enfants de leur second mariage était la suspicion « que le profit n'en vint à retourner au second mari... ». Les appelants avaient ainsi catégoriquement posé l'affaire sur le terrain personnel. Le Parlement leur donna tort par confirma-

(14) Du Fresne, *Journal des audiences*, tome I, livre 4, chap. 8.

tion de la décision du Prévost, montrant qu'au fond la question était non pas de savoir s'ils étaient compris dans les prohibitions portées par les textes, mais de décider d'après la nature des biens dont il s'agissait.

14. — Arguments exposés par les enfants du premier lit.

Les intimés avaient soutenu la réductibilité du legs aux part et portion qu'ils pouvaient amender de leur mère « pour « cela était tout précis l'article 279 de la Coutume de Paris, « que la femme qui convole en secondes noces ne peut dis- « poser aucunement des conquêts faits avec ses précédents « maris au préjudice des portions dont les enfants des pre- « miers mariages pouvaient amender de leur mère... que le vé- « ritable sens de cet article était d'attribuer à ces conquêts « quand la femme convole en secondes noces la nature et la « qualité d'avantage nuptial procédant de la libéralité de son « premier mari ». Ils avaient déclaré en termes excellents : « ...ces conquêts ne venaient aux femmes que par l'industrie, « les travaux, les peines de leur premier mari et ainsi par une « espèce d'avantage et de gain nuptial... ». A leurs yeux les textes à appliquer ont été rendus « pour que les femmes ne « pussent tromper les espérances d'un père... qui s'était tra- « vaillé à les (les conquêts) amasser pour ses enfants ».

Et l'arrêtiste approuve le Parlement d'avoir décidé en faveur des enfants du premier lit. « Et l'équité de cette disposition est « toute évidente ; car n'est-il pas juste que le travail d'un mari « et sa plus pure substance qu'il a acquise à la sueur de son « corps ne soient point transmis et transférés à un sang étran- « ger ».

15. — Cette jurisprudence est confirmée par Arrêt du 8 janvier 1689.

Une décision analogue est relatée beaucoup plus brièvement par le même *Journal des Audiences*. Il s'agit d'un arrêt du 8 janvier 1689 (15) ainsi rapporté : « une femme ayant passé « en secondes noces ne peut constant son second mariage dis- « poser entre vifs d'un immeuble acquêt de première commu- « nauté au profit d'une fille du second lit ». La question jugée

(15) *Journal des Audiences*, tome 4, livre 4, page 143.

est bien la même : disposition d'un conquêt de première communauté au profit d'une enfant d'un mariage ultérieur (16).

16. — Extension de cette jurisprudence aux hommes. Arrêt du 10 juillet 1656. Affaire Poittevin.

Quelque raison supplémentaire inspirait cependant les arrêts du Parlement. Dans un arrêt (un arrêt célèbre dit l'auteur qui le rapporte) rendu le 10 juillet 1656 au rapport de M. Le Boults par la 5^e Chambre des Enquêtes et dont il est parlé ailleurs (17), le Parlement de Paris étendit en partie aux veufs remariés l'indisponibilité frappant les conquêts de la première communauté.

Voici le fait (18). Un sieur Poittevin, Premier Président de la Cour des Monnaies, veuf de Marie Zochaly dont il avait eu des enfants, s'était remarié avec la dame de Saint-Genis à qui il constitua un douaire préfix et un préciput. A sa mort, procès entre la veuve et les enfants du premier lit. Entre autres chefs du procès le Parlement jugea « *Dans la computation des biens du sieur Poittevin pour y donner la part adjudgée à la dame de Saint-Genis, les conquêts faits pendant la première communauté n'y seront pas compris, mais seront partagés entre les enfants du premier et du second lit suivant la coutume, sans que la dame de Saint-Genis y puisse prendre aucune part, sinon pour la portion du douaire à elle adjudgée* ».

L'annotateur de Lapeyrère (Commentaire de la Coutume de Bordeaux, art. 70, § 19) relate un arrêt de 1620 qui a jugé que par le convol en secondes noces un mari, aussi bien qu'une femme, perdait les gains nuptiaux et acquêts du premier mariage.

Ces deux arrêts de Paris et de Bordeaux marquent une évolution considérable dans la conception de la nature des acquêts et conquêts : à l'origine on les considérait comme provenant uni-

(16) Il ne faut pas raisonner a contrario sur les termes « constant son mariage disposer entre vifs » pour en déduire que le second mariage dissous ou dans une disposition à cause de mort la solution donnée eut été différente. Cela veut simplement dire qu'en l'espèce l'acte attaqué était une donation entre vifs faite pendant le second mariage. L'habitude des arrétistes était (comme aujourd'hui mais avec cette différence que la forme des décisions judiciaires n'était pas la même) de condenser en une phrase les faits du procès et la solution donnée.

(17) Voir Chapitre V, n° 18 et Chapitre VIII, n°s 6 sq.

(18) Dumoulin, *Commentaire sur la coutume de Paris*, Nouvelle édition par Fortin, sur l'article 279.

quement du mari, de la libéralité duquel la femme les tenait : les arrêts rapportés montrent une assimilation complète du mari et de la femme par rapport à ces biens, le mari ne les tient plus de lui-même et quand il passe à de secondes noces, ces acquêts sont assimilés aux gains nuptiaux.

L'essentiel de l'ensemble de cette jurisprudence est à mes yeux de bien marquer que dans le patrimoine d'un veuf ou d'une veuve les biens provenant de la communauté dissoute ont une nature spéciale. On jugea d'abord pour la femme qu'ils devaient être assimilés aux libéralités reçues de son mari défunt, mais on l'a vu cela pouvait être interprété diversement. C'est l'extension aux hommes de ces décisions qui leur donne leur vrai caractère : on ne peut plus parler pour eux de libéralité, il y a attribution aux biens communs d'un caractère spécial dont le fondement juridique devra être recherché. C'est là l'intérêt de ce paragraphe 2.

17. — Arrêt d'août 1733 : une femme ne peut mettre en la communauté de son second mariage les meubles provenant de celle du premier.

La jurisprudence s'en fut d'ailleurs encore plus loin dans cette voie de la protection des acquêts des précédents mariages ainsi que le prouve l'arrêt suivant rendu au mois d'août 1733 par le Parlement de Paris au procès d'entre les enfants du défunt Costel Jacques et Léauté (19) (veuf de leur mère remariée). Il fut jugé « qu'une femme qui se remarie ayant des enfants de « son premier lit ne peut pas mettre dans la seconde communauté des meubles provenant de la première ». La Combe ajoute « a fortiori doit-on tenir qu'elle ne peut donner à ce second mari de ces mêmes conquêts meubles ». Et l'arrêt cassa la clause introduite par la femme Castel dans le contrat de son second mariage et par laquelle elle stipulait que 25.000 livres de meubles de la première communauté entreraient dans la seconde.

Guyot cite également cet arrêt (20), en nous informant d'une circonstance du procès qui eut pu cependant fléchir la rigueur de la décision, à savoir que la femme n'avait pour tout bien que ce qu'elle avait gagné en première communauté et n'avait fait

(19) De la Combe, *Arrêts et règlements notables*, chapitre 98.

(20) Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, V^o conquêt.

entrer dans la seconde qu'une partie desdits conquêts cette partie n'excédant point une part d'enfant le moins prenant (21).

18. — Quid en dehors de la coutume de Paris. Conquêts de première communauté et deuxième chef de l'Edit des secondes nocés.

La question demeurerait différente pour les coutumes autres que celle de Paris. Le second chef de l'Edit des secondes nocés s'appliquait-il aux conquêts recueillis par la femme à la dissolution d'un précédent mariage ? La question était extrêmement controversée.

Contre l'application de l'Edit on faisait valoir que les con-

(21) L'ensemble des règles de droit à appliquer pour fixer la portion d'enfant d'un second mari ou d'une seconde femme en exécution de l'Edit des secondes nocés et de l'article 279 de la coutume de Paris était assez compliqué, on le croira sans peine. Une notoriété délivrée par Le Camus et Brochard, avocats en la Cour de Parlement, le 1^{er} mars 1698, nous apprend comment il fallait procéder.

Quatre cas étaient à envisager (A, B, C, D) :

A. — Femme ayant renoncé à la communauté de son premier mari. C'est le cas le plus simple. On retire de la masse ce qu'elle tient de la libéralité de son premier mari, y compris le préciput, pour être partagé entre ses enfants et sans que le deuxième mari puisse y participer ; il prendra une part d'enfant le moins prenant dans le reste des biens.

B. — Femme ayant accepté la communauté de son premier mari, on prélève :

1° Sur la moitié échue à la femme de la première communauté ce qu'elle a apporté en mariage en biens meubles ou ameublis ;

2° Ce qui lui a été donné pendant le mariage pour lui tenir nature de propre par autre que son premier mari ;

3° Les acquêts faits avant le mariage ou pendant la viduité ;

4° Tous ses biens propres et immeubles qu'elle possédait de son premier mariage ;

Les biens ainsi prélevés seront partagés entre tous les enfants des différents lits et le second mari y prendra une part d'enfant.

Le mari sera exclu du reste de la succession de la femme, qui est ainsi composé :

1° Ce qui reste à la femme de la moitié de la première communauté après que la distraction aura été faite ;

2° Les conquêts de la première communauté ;

3° Le préciput ;

4° Tout ce que la femme aura eu de libéralité de son premier mari.

C. — Mari ayant fait un inventaire (par contrat de mariage ou tout autre acte) des meubles et effets mobiliers qu'il avait avant le premier mariage. En ce cas la masse dans laquelle la seconde ou autre femme aura une part, sera composée des propres, des biens meubles et effets mobiliers compris dans ledit inventaire et des acquêts immeubles faits depuis le décès de la première femme.

La masse d'où sera exclue la seconde femme sera composée des conquêts immeubles, des meubles et effets mobiliers dont la communauté aura été

quêts sont attribués à la femme par disposition de la coutume et non point par la libéralité du mari qui n'a même aucun pouvoir d'empêcher qu'elle n'en prenne sa part ; pour qu'il y ait une donation, il faut que le prétendu donateur ait la liberté de retenir ce qu'il a donné, *donari videtur quod nullo cogente conceditur* (Papinien), en l'espèce il est donc insoutenable de dire qu'il y a libéralité du mari.

C'est en vain que pour justifier l'application de l'Edit on dirait que le mari est véritablement le maître de la communauté et qu'il a le pouvoir d'en aliéner les biens. L'autorité qu'il a se réduit à une espèce d'administration puisque les coutumes lui interdisent de disposer au préjudice et en fraude des droits de sa femme des biens qui sont communs entre eux, ce qui montre bien qu'elle a déjà un droit du vivant de son mari. S'il intervient d'ailleurs une séparation de corps, la femme prend bien la moitié de la communauté, autant que son mari.

C'est en vain également que l'on justifierait l'application de l'Edit par des arguments tirés du cas de renonciation de la femme. Le mari en retenant la part de sa femme en la communauté n'est sujet à de nouveaux droits et devoirs féodaux envers les seigneurs, mais on ne peut en conclure que la femme n'a aucun droit. La renonciation est accordée par équité et l'effet rétroactif est produit par une fiction de droit. « Si dans la vérité
« la femme n'avait eu aucun droit, il n'aurait pas fallu de re-
« nonciation pour transférer sa moitié à son mari... et au con-
« traire une acceptation serait nécessaire de sa part pour lui
« donner droit dans les biens de la communauté ; au lieu que
« l'on ne doute pas que lorsqu'elle ne veut pas renoncer elle
« n'en soit saisie de plein droit sans qu'elle ait besoin d'en de-
« mander délivrance aux héritiers de son mari. » La rédaction même des coutumes montre bien qu'il en est ainsi quand elles parlent de la renonciation de la femme, elles disent « il est permis... » ce qui prouve bien qu'à défaut de cette renonciation

augmentée après la distraction du contenu en l'inventaire, du préciput et de ce dont le mari aura profité de la libéralité de la première femme.

D. — Mari n'ayant pas fait d'inventaire.

On prélève sur les biens de la succession du mari tout ce qu'il a eu des dons et libéralités de sa première femme, le préciput et les conquêts immeubles de sa première communauté. La seconde femme sera exclue de ces biens.

Elle prendra une part d'enfant sur la masse qui reste composée des propres du mari et de tous ses autres biens meubles et immeubles.

(*Denisart, Actes de notoriété*. Notoriété du 1^{er} mars 1698.)

« elle est censée commune et en cette qualité avoir la propriété
« de la moitié des biens de la communauté de plein droit ; de
« sorte qu'en prenant les héritages qu'elle trouve dans sa part,
« elle ne doit aucun nouveau droit au seigneur, dont elle ne se-
« rait pas exempte si elle tirait son droit de son mari. »

On ne saurait non plus pour appliquer le deuxième chef de l'Edit aux conquêts d'une première communauté se baser sur l'article 279 de la coutume de Paris : il n'y a pas de relation entre la seconde partie de cet article et le second chef de l'Edit, s'il y en avait une en effet, l'article 279 ordonnerait que la « part du conquêt de la première communauté, dont la femme « convolant en secondes noccs avait profité, demeurerait entiè- « rement aux enfants du premier lit, comme il est conclu à l'é- « gard de tous les biens compris dans le second chef ». Et au contraire, l'article 279 y fait participer les enfants du second lit. Ceci montre à n'en pas douter que les rédacteurs de la coutume de Paris n'ont pas entendu assimiler la part de la femme en une première communauté aux libéralités reçues de son premier mari, on ne saurait donc argumenter de l'article 279 de la coutume de Paris au deuxième chef de l'Edit.

Ricard, après avoir exposé la théorie contraire, se ralliait à celle-ci et à l'opinion de Fabre (voir n^{os} 10 et 11 de ce chapitre) opposait celle de Choppin. « Viduae matri nefas est, dit celui-ci, « in futurum manente priori connubio § 279 ejusce consuetu- « dimis. Alias communes hi quaestus longe absunt a lucris nup- « tialibus pulis, quae anteriori thalamo fatae proli reservantur, « principali Francorum edictio anno 1560 ». (Choppin, sur la coutume de Paris, édition latine, livre 2, titre 3, nombre 7).

19. — Arrêt du 2 avril 1683 : à Clermont, le deuxième chef de l'Edit ne s'applique aux conquêts venus d'une première communauté.

La question se présenta devant le Parlement de Paris en la Coutume de Clermont. La quatrième Chambre des Enquêtes, par arrêt du 2 avril 1683, jugea en faveur du sieur de Valdavy contre le sieur Boquillon et l'abbé de Clermont que dans cette coutume le second mari aurait part aux conquêts de la première communauté jusqu'à concurrence d'une part d'enfant le moins prenant. Le Parlement jugeait donc que les conquêts

d'une première communauté étaient acquis à la femme à titre onéreux, compris seulement dans le premier chef et non dans le second et que l'article 279 de la Coutume de Paris ne s'appliquait pas hors du ressort de la coutume (22).

§ III. — MESURE DANS LAQUELLE IL EST POSSIBLE DE DISPOSER
DES ACQUÊTS D'UNE DEUXIÈME COMMUNAUTÉ.

20. — Objet et plan de ce paragraphe.

Il est possible de dire comme au début du paragraphe 2 que l'on étudiera la notion que se faisait l'ancien droit de la nature des acquêts. La question sera même plus intéressante ici, car si l'Edit des secondes noces domine la matière des dispositions entre époux en secondes noces et celles des dispositions en faveur des enfants d'un second lit, ce même Edit est complètement étranger aux dispositions qui peuvent être faites en secondes noces au profit des enfants d'un premier lit du disposant ; la nature des acquêts sera donc sur ce point prépondérante pour déterminer le sort de ces dispositions puisque les autres enfants n'ont pas besoin d'une protection spéciale de la loi et

(22) Ricard, *loc. cit.*

On avait pensé un moment que l'article 279 établissait une véritable substitution au profit des enfants du premier lit et que l'interdiction qu'il portait s'étendait à toutes les aliénations et même aux simples hypothèques et qu'en conséquence les enfants des premiers mariages pouvaient faire délaisser aux tiers acquéreurs les portions à eux afférentes, pourvu qu'ils ne fussent pas héritiers de leur mère et en cette qualité tenus de la garantie : plusieurs décisions furent rendues en ce sens.

Une telle jurisprudence était la manifestation de la sévérité (plusieurs fois signalée) avec laquelle le Parlement appliquait l'Edit des secondes noces et de la faveur que rencontraient par contre les substitutions et toutes dispositions tendant à conserver les biens dans les familles, mais il fallait violenter les textes pour en arriver là et cette jurisprudence fut abandonnée.

Un premier arrêt du 7 septembre 1730 fut rendu en faveur de François Ferrand poursuivant la saisie réelle des conquêts d'une première communauté qui lui avaient été hypothéqués par Jacques Sourdeval. Malgré les réclamations des enfants du premier lit dudit Sourdeval, la Cour jugea que la réserve des conquêts établie par l'article 279 n'est « qu'une institution légale qui n'empêche « pas le conjoint remarié de disposer des effets réservés pourvu que ce ne « soit pas à titre gratuit ». Un second arrêt dans le même sens fut rendu le 20 juillet 1731 (Merlin, *Répertoire universel de Jurisprudence*. V^o Noces secondes, § 5).

sont censés au contraire être préférés de leurs parents : *mutato concubitu parentes depravantur, praelatis foliis posterioris copulae, neglectis autem his qui ex priore progeniti sunt.*

Trois points seront examinés dans ce paragraphe : en premier lieu possibilité pour les époux de disposer entre eux des acquêts de deuxième communauté, en second lieu la possibilité de disposer de ces acquêts en faveur des enfants communs et enfin possibilité d'en disposer au profit des enfants d'un lit précédent.

21. — Possibilité pour les époux de disposer entre eux des acquêts de seconde communauté. Arrêt du 16 mai 1578.

Un seul arrêt sera cité, mais il doit être considéré comme faisant jurisprudence ; il s'agit en effet d'un *arrêt solennel* du Parlement de Paris qui fut rendu le 16 mai 1578 par le Président de Believre (23), confirmant une décision du « juge » de Niort du 5 avril 1575.

Voici le fait. Le sieur Chabot de la Pimpelinière, veuf en premières noces de Marie Boulard, dont il avait eu quatre enfants, avait bénéficié en 1565, à la mort de celle-ci, d'une dotation mutuelle qu'ils s'étaient faite, « de tous et chacuns leurs meubles, « acquêts et conquêts immeubles et tierce partie de leur propre », conformément à l'article 209 de la Coutume de Poitou. Ce Chabot se remarie quelques années plus tard avec Catherine Viault, veuve elle-même de François Toupper, dont elle a eu des enfants qu'elle a mariés et dotés depuis la mort de leur père. Le contrat de ce second mariage est fait le 31 décembre 1569 « par lequel est convenu et accordé que les futurs époux seront « *communs en biens meubles présents et advenir, acquêts et « conquêts immeubles qu'ils feront pendant leur mariage et « communauté suivant la coutume* dudict pays de Poitou, que « ladite Viault aurait le choix en cas de survivance, d'accepter « ladite communauté ou bien prendre la somme de 1.000 écus « francs et quittes de toute dette... et pour son douaire viager « qu'elle jouirait de la maison... » Il était en outre stipulé dans

(23) Filleau, *Recueil général des arrêts, édits et règlements notables*, tome 2, 4^e partie, question 64.

Filleau nous dit, en outre, « pour oter les doutes sur l'interprétation de « l'Edit des secondes noces fait et publié en 1560, déclara la dite Cour le dit « Edit avoir lieu du jour d'icelui pour le passé et pour l'avenir, tant pour « le regard des maris, que des femmes convolant en secondes noces ».

le contrat que les fruits « de ses immeubles tant anciens que » acquêts faits auparavant ce second mariage, n'entraient en « ladite communauté ». Elle n'en avait d'ailleurs que peu en ayant doté ses enfants.

Le 15 novembre 1571, les nouveaux époux se font une donation mutuelle par laquelle « ils donnent au survivant l'un de » l'autre en propriété tous les meubles, en usufruit les conquêts « faits durant et constant leur mariage ». Le mari prédécède et il y a procès entre la veuve et les enfants du premier lit de son mari. La femme est demanderesse ; sa prétention est d'être maintenue et gardée dans « la propriété de tous les meubles » laissés par le défunt et l'usufruit des conquêts immeubles ». Les enfants invoquent l'Edit « combien qu'il ne parle que des » femmes... attendu que cet Edit avait été fait spécialement « pour la conversation du droit des enfants qui milite aussi bien » pour les pères que pour les mères ».

Le 5 avril 1571 le juge de Niort ordonna que « Ladite Viault » serait maintenue et gardée es choses et droits à elle donnés « selon qu'il était porté par l'instrument de ladite donation » mais il réduisait sa part selon les termes de l'Edit des secondes noces.

Appel de la veuve ; contre elle l'avocat des enfants soutient que « les acquêts du deuxième mariage ne sont pas exceptés de » l'Edit... car autrement s'il est indifféremment permis à un « second mari ou seconde femme de disposer des acquêts » au préjudice des enfants, il faudrait ôter l'ordonnance parce « qu'il serait aisé de la rendre illusoire et sans effet ».

Le Parlement dans son arrêt du 16 mai 1578 confirma la décision entreprise appliquant ainsi l'Edit aux hommes et aux acquêts.

22. — Disposition au profit des enfants communs.

La jurisprudence est beaucoup plus abondante sur la question, qui va maintenant être examinée, des libéralités faites avec les acquêts d'un second mariage aux enfants nés ou à naître de ce mariage et au préjudice de ceux d'un lit précédent.

Ferrières est catégorique (24) « on ne peut stipuler, dit-il, » par contrat du second mariage que les conquêts qui se feront

(24) Ferrières, *Corps et compilation de la Coutume de Paris*, article 279, sur le second Chef de l'Edit, n^{os} 27 sq.

« pendant icelui appartiendront aux enfants qui en naîtront, à
« l'exclusion de ceux du premier lit de celui ou de celle qui a
« convolé en secondes noces comme il a été jugé par plusieurs
« arrêts ».

23. — Arrêt du 27 décembre 1588 ; casse de telles dispositions faites par contrat de mariage.

Le premier de ces arrêts est du 27 décembre 1588 (25), prononcé en robes rouges. Montholon le rapporte sous le sommaire suivant : « L'on ne peut donner par contrat de mariage aux enfants qui viendront du second lit, plus que l'on pouvait donner à la seconde femme ».

Une veuve ayant des enfants de son premier lit fait en se remariant un contrat de mariage dans lequel il est porté qu' « elle fait don aux enfants qui viendront de ce mariage des acquêts et conquêts qui seront faits pendant ledit mariage. Des enfants naissent du second lit, lesquels après le décès de leur mère veulent jouir desdits acquêts et conquêts, à eux donnés faits pendant ledit second mariage, après avoir fait partage de la communauté avec leur père ». Les enfants du premier lit de la femme s'opposent à cette prétention et invoquant qu'aux termes de la loi Hac Edictali leur mère n'a pu donner davantage que ce qu'elle eût pu donner à son second mari, qu'en réalité elle a voulu donner indirectement à ce second mari « contre la prohibition de la loi et de l'ordonnance ». Les enfants du second lit répondent « que cette donation est bien différente de celle qui est faite à un second mari par une femme qui se remarie en secondes noces, parce que celle-là ôte à ses enfants pour donner à un étranger, mais que donnant à ses enfants, nihil peccavit ». Les enfants du premier lit invoquaient également l'article 283 de la Coutume de Paris par lequel le mari et la femme qui ne se peuvent donner l'un à l'autre, ne peuvent non plus donner aux enfants l'un de l'autre propter conjecturam accomodatae fidei. Il est bien certain, disaient-ils enfin, que « inter tam conjunctas personnas, le père fera ce qu'il voudra de ce qui a été donné à ses enfants et qu'il en jouira tant qu'il voudra, craignant les enfants l'exhérédation et de perdre sa succession s'ils contrevenaient ».

(25) Montholon, *Arrêts de la Cour prononcés en robes rouges*, arrêt 54.

L'arrêt déclare la donation nulle comme étant faite contre la loi, l'ordonnance et la coutume.

24. — Confirmation de cette jurisprudence par les arrêts ultérieurs.

Un deuxième arrêt fut rendu dans ce sens le 3 août 1647 par la première Chambre des Enquêtes (26).

Un troisième fut rendu en la Coutume de Poitou le 27 mars 1657 au rapport de M. de Saveuse en la Grand'Chambre (26).

Un quatrième fut rendu, par la Grand'Chambre le 7 septembre 1673 (26).

25. — Décisions contraires, arrêts du 19 juillet 1659 et du 15 juillet 1563.

Ferrières cite un arrêt du 19 juillet 1659 au profit de la dame veuve de la Grange contre le sieur Frontenac qui a confirmé une donation faite par le contrat du troisième mariage de M. de la Grange, Maître des comptes, en faveur des enfants à naître. Cet arrêt est donc contraire à ceux qui sont cités plus haut, mais il paraît unique et parlant sans conséquence contre les autres.

Un siècle auparavant cependant, le Parlement de Paris avait rendu un arrêt semblable à celui du 19 juillet 1659 et contraire à ce que devait être sa jurisprudence. Le 15 juillet 1563 (27), il avait été jugé que les acquêts et conquêts (ce sont les termes de Maynard) bien que grands et notables, qui avaient été faits par la femme remariée avec son second mari pendant leur mariage et depuis le contrat portant qu'ils appartiendraient à son second mari et à ses hoirs en pleine propriété et qu'avenant qu'il décédât avant elle, elle en jouirait sa vie durant n'étaient pas soumis au retranchement de l'Edit. Le second mari fut absous des fins et conclusions prises par les enfants du premier mariage.

Il s'agissait, nous dit Charondas (28), d'une veuve ayant enfants de son premier mari, qui avait fait ce contrat de mariage « pour entrer avec un jeune homme en secondes noces. Ils fi-

(26) Ferrières, *loc. cit.*

(27) Géraud de Maynard, *Notables et singulières questions de droit écrit jugées au Parlement de Toulouse*, livre 3, chapitre 85. Voir chapitre I, n° 13.

(28) Charondas, *Réponses du droit français*, livre 9, question 59.

« rent ensemble de grands conquêts et par aventure des deniers
« que la femme lui avait apportés comme il était vraisemblable et que ses enfants alléguaient. Lesdits conquêts étaient
« tels que tous les enfants ensemble, qui étaient trois, n'amen-
« daient autant du bien de leur mère que leur beau-père seul
« profitait seulement de la moitié d'iceux. Après la mort de
« leur mère, lesdits enfants demandent part auxdits conquêts,
« lesquels ils soutiennent être compris en la disposition de la
« loi Hac Edictali et l'Edit des secondes noces et que la convention de les avoir par le mari en propriété était une donation
« à lui faite au préjudice des enfants du premier lit, laquelle
« partant devait être réduite et modérée à la raison dudit Edit ». Le mari répond « que *cette espèce de contrat ne peut aucune-
« ment être comprise audit Edit : parce qu'elle ne tient en rien
« de la donation, d'autant que lors dudit contrat les acquêts de-
« puis faits non erant in bonis de la femme, neque erant adhuc
« in rerum natura, imo incertum erat an fierent... la loi Hac
« edictali sur laquelle l'Edit est fondé parle des biens que la
« femme possède ou qui peuvent certainement appartenir, mais
« l'incertitude fait qu'on ne doive présumer la femme avoir
« donné du sien ». Cet argument de l'incertitude où l'on est
quant à la formation ultérieure des acquêts est extrêmement fréquent dans les procès relatifs aux contrats de mariage établissant un régime de communauté. Peut-être est-ce lui qui toucha en 1563 les conseillers du Parlement. L'arrêt de 1563 donna raison au mari contre les enfants du premier lit de sa femme.*

Charondas nous dit en outre « Et depuis par arrêt donné
« entre le sieur Comte de Chaulnes et le sieur de Saucourt tant
« en la requête civile qu'en la proposition d'erreur le semblable
« a été jugé contre ledit sieur de Saucourt, fils de Mme la Com-
« tesse de Chaulnes et de son premier mari ».

26. — Sens définitif de la Jurisprudence.

Néanmoins étant donné l'autorité de Ferrières, étant donné aussi que l'édition où j'ai relevé les arrêts cités est postérieure à celle de Charondas que j'ai consultée (1714 et 1650), il paraît certain que la jurisprudence définitive du Parlement de Paris fut bien celle qu'indique Ferrières. Géraud de Maynard dit d'ailleurs « hardiment que difficilement notre Cour de Toulou-
« se conformerait aux préjugés du Parlement de Paris » en parlant de l'arrêt de 1563.

27. — Critique de l'argument de l'incertitude de la formation des acquêts.

Maynard critique fortement l'argument relatif à l'incertitude de la formation des acquêts. « La présupposition est fausse, » dit-il, car les espérances de l'avenir bien qu'incertaines, et « dépendant de l'avenir qu'il plaira à Dieu leur donner, soit « d'actions, héritages, gains, autres avantages et bonnes fortunes, peuvent être données, traitées et stipulées et contractées, « ni plus ni moins que le reste de nos biens qui sont en notre « pouvoir et ils sont transmissibles par ce moyen aux héritiers « et successeurs par la seule espérance de leur moyen et ren- « contre... »

Géraud de Maynard va jusqu'à penser qu'il y avait une raison secrète, pour que le Parlement de Paris ait rendu l'arrêt de 1563 dans le sens indiqué (29).

28. — Même jurisprudence à Rennes qu'à Paris.

Le Parlement de Bretagne résolvait la question dans le même sens que celui de Paris.

Barbe Surget, restée veuve avec un fils (le demandeur et appelant), convola en secondes noces avec Maître Olivier Tirel, à qui elle donna une fille. Mariage de cette fille (son mari sera défendeur et intimé) puis décès de Barbe Surget. Le fils du premier lit « conclut contre son beau-père en partage c'est à savoir « de la Métairie de Mets acquise par lesdits Tirel et Surget de « deux mille écus que le défendeur a eus mariage faisant, encore que lesdits eussent donné ladite métairie et deux mille « écus pour meubles. Ensemble eut été dit par ledit contrat de « mariage que ladite maison laquelle ils avaient donné à ladite

(29) Il entoure cette suspicion d'un style pittoresque et ajoute une savoureuse anecdote. Voici ses mots : « comme Hippocrate dit qu'aux plus grandes « maladies, il y a quelque chose d'inconnu, d'occulte et divin, nous pouvons « dire la même chose dans les jugements et arrêts des plus grands procès aux « Parlements et Cours souveraines, à qui seules appartient privativement à « toutes autres d'user de ces mots « et pour cause » ; or, un des plus fameux « plaideurs ayant entrepris de faire expliquer et déclarer la Cour de Toulouse, « par requête à ces fins présentée, sous prétexte que cela lui importait à la « poursuite ou délaissement du procès auquel en son fait propre l'arrêt était « intervenu contenant ces mots « et pour cause », cette requête communiquée « à Messieurs les gens du roi, suivant leurs conclusions, pour toute déclaration, « ce plaideur indiscret n'aurait tiré que la condamnation d'une bonne amende, « avec inhibition de jamais plus entreprendre pareille chose sur plus grandes « et exemplaires peines ».

« Thomase Tirel leur fille ne viendrait au grand du partage » (30).

Le défendeur allégua « que le père peut faire assiette en ses conquêts au mariage de ses filles sans le consentement de sa femme, et sans qu'elle en puisse demander récompense si les filles sont du mariage d'eux deux comme en ce cas ; peut aussi faire ce qu'il voudra des acquêts non appropriés. Donc si ladite Surget femme dudit Tirel ne pouvait demander récompense de ce que dessus, multo minus le demandeur son fils et s'il le veut demander, ce doit être envers ledit Tirel ».

Devant les premiers juges, le demandeur fut débouté. Sur son appel, le Parlement de Rennes cassa la décision et « fut condamné l'intimé faire rapport de la moitié desdits deux mil écus et tout le propre de ladite Surget mère commune et de la moitié des acquêts et conquêts faits durant le mariage d'entre elle et ledit Tirel. L'arrêt fut rendu le 9 septembre 1566 ».

29. — Mais à Bordeaux prévalait la solution contraire à celle de Paris. L'opinion était différente à Bordeaux, mais cela n'a rien d'étonnant avec les caractères particuliers qu'y présentait la société d'acquêts.

Une attestation de 1721 (31) nous dit « que lorsqu'un père a des enfants d'un premier lit, qu'il convole en secondes noces et stipule dans le contrat de mariage une société d'acquêts réversible aux enfants qui en naîtront, les acquêts faits durant cette société leur appartiennent, à l'exclusion des enfants du premier mariage, sauf à ceux-ci à prendre leur légitime, sur la moitié des dits acquêts appartenant au père, s'il n'y a ni propres ni acquêts du premier mariage, suffisants pour remplir la légitime.

30. — Dispositions en faveur des enfants du premier lit.

Il y a moins de jurisprudence sur ce qui reste à étudier dans ce paragraphe : les parents veufs puis remariés qui cherchent à avantager leurs enfants du premier lit par rapport à ceux du second sont rares.

(30) Du Fail, *Arrêts et règlements donnés au Parlement de Bretagne*, livre I, chapitre 228.

(31) De Salviat, *La jurisprudence du Parlement de Bordeaux*, page 5.

Il est à signaler que la clause d'un contrat de mariage portant que les acquêts appartiendront aux enfants communs constituait une convention, un simple pacte et non une donation. Elle échappait en conséquence à l'insinuation. (Attesté le 23 septembre 1694, syndics M^e Grégoire et Beusman. De Salviat, page 8.)

31. — Interdiction de disposer en fraude des droits du second conjoint. Arrêt du 30 octobre 1555.

Bouchel cite un arrêt en robes rouges rendu par le Président de Séguier le 30 octobre 1555 (32) « par lequel il fut dit que « le mari ne peut donner aux enfants du premier lit l'immeuble « acquis pendant le mariage pour la portion afférente à la « seconde femme par droit de communauté, quoiqu'il soit permis au mari, d'engager, d'aliéner et autrement disposer des « meubles et acquêts ».

Deux arrêts analogues furent rendus cinquante ans plus tard (33).

32. — Arrêt du 12 janvier 1616.

Par arrêt du 12 janvier 1616, il a été jugé que le père ne peut donner ses meubles et acquêts de sa seconde communauté « aux enfants du premier lit en les mariant, au préjudice de « sa seconde femme ». « Par autre, du 5 août 1621, il a été jugé « qu'encore que la seconde femme se fut obligée solidairement « avec son mari, elle ou ses héritiers pouvaient en reprendre « autant sur les meubles et acquêts avant le partage de la communauté ».

33. — Arrêt.

Charondas (34) donne les faits d'un procès où il fut jugé dans le même sens, mais il n'indique pas de date.

« Un homme resté veuf avec des enfants puis remarié fait « plusieurs acquisitions au nom de ses enfants du premier « mariage, non de leurs biens, mais de ses propres deniers ». De l'avis de Charondas « Telles acquisitions faites en fraude de « la communauté d'entre le mari et la seconde femme et de « leurs enfants du dit mariage et au préjudice de la dite femme « et enfants, sont nulles. Et ores (comme disaient aucuns) qu'elles puissent avoir effet de donation et la coutume ne défende « de donner à l'un de ses enfants ne venant à succession plus « qu'à l'autre, ainsi le permette à la charge de la légitime, « comme au duché de Berry où le fait duquel était question « était advenu : toutefois, parce qu'elles sont *frauduleuses* et

(32) Bouchel, *Bibliothèque du droit français*. V^o Communauté.

(33) Brillon, *Dictionnaire de jurisprudence*. V^o noces (secondes).

(34) Charondas, *Réponses du droit français*, livre 2, chapitre 41.

« au préjudice de la société qui doit être honnêtement conser-
« vée entre l'homme et la femme, elles ne doivent avoir lieu :
« ainsi après le trépas du mari, sa veuve doit avoir la moitié
« des dites acquisitions et l'autre être partie et divisée entre
« les enfants du même père, du premier et du second mariage :
« ès actes frauduleux ne faut regarder ce qui aurait pu être
« fait, ainsi ce qui aurait été fait, pour ne donner couleur aux
« fraudes que les lois rejettent et réprouvent du tout. Et ainsi
« a été jugé par arrêt de la Cour en une prononciation géné-
« rale, sur appel de Bourges ».

**34. — Quid si le deuxième mariage est lui-même dissous.
Arrêt du 15 juillet 1610.**

La question n'est plus la même et la solution est différente si le second ou le subséquent mariage est lui-même dissous.
« ... La veuve, à bien plus forte raison, peut donner les acquêts
« qu'elle a eus de sa seconde communauté à un des enfants de
« son premier mariage, sans que ceux du second mariage s'en
« puissent plaindre » (35). Ceci a été jugé par arrêt rendu le
15 juillet 1610 en la Grand'Chambre du Parlement de Paris, sié-
geant sous la présidence de M. Pottier de Blancmesnil, avocat
général M. Servin.

**35. — Quid si l'avantage fait aux enfants du premier lit
est antérieur à la naissance des enfants de second lit. Arrêt du
1^{er} juin 1629.**

La solution est également différente si l'avantage fait
aux enfants du premier lit est antérieur à la conclusion
du second mariage. Un arrêt du 1^{er} juin 1629 rendu en
robes rouges par le Premier Président de Bellièvre (36) a jugé
« qu'un père, lequel ayant des enfants, convole en secondes
« noces pouvait stipuler que les enfants qui procéderaient de
« son second mariage n'auraient qu'une certaine part en la
« communauté, et que les enfants ne s'en pouvaient plaindre
« si mieux ils n'aimaient se tenir à leur légitime ». Il s'agissait
d'un apothicaire qui veuf et ayant des enfants d'un premier lit
avait convolé en secondes noces avec sa servante et « stipulé
« dans le contrat que les enfants qui naîtraient n'auraient

(35) Louet et Brodeau, *Recueil d'aucuns notables arrêts*, lettre A, nombre 1.

(36) *Journal des audiences*, tome 1, chapitre 45. Voir chapitre 4, n° 2.

« qu'un ecertaine portion de la communauté. Après le décès
« d'icelui, sa femme au nom et comme tutrice de ses enfants
« demandait partage de la communauté et avait abtenu lettres
« pour faire casser la convention portée par son contrat de
« mariage comme contraire au droit public et à l'usage reçu
« de tous temps ». Elle invoquait la prohibition faite par la
Coutume de Paris (article 303) aux père et mère d'avantager
l'un plus que l'autre les enfants venant à leur succession « ut
« quos propinquitas naturae consociat hereditariae successio-
« nis ordo non divideret » (Loi des Wisigoths, titre IV). Elle
« remontrait que la convention imprimait sur la face des
« enfants nés de son mariage une espèce de note d'infamie,
« comme s'ils étaient nés d'une conjonction moins honnête et
« illicite ».

Le Parlement suivit les enfants du premier lit qui représentaient « que la disposition d'un père qui établit une loi en
« la famille est grandement favorable principalement étant
« portée par un Contrat de mariage qui est capable de toutes
« sortes de conventions ; que l'on savait assez la faveur des
« contrat de mariage, que c'étaient les appuis et soutiens de
« familles, auxquels il ne fallait déroger d'une façon quelcon-
« que... que la convention dont était question devait être trou-
« vée d'autant moins étrange qu'elle allait aux enfants du pre-
« mier lit auxquels les lois anciennes des fiefs ont déferé tous
« les biens du père, sans qu'ils fussent obligés d'en faire par-
« tage aux enfants du second lit quand il était ainsi convenu et
« stipulé dans le contrat de mariage ». Ce contrat de mariage
« apannait chaque enfant à naître du mariage de neuf cents
« livres pour toute part et portion qu'il pourrait espérer en se
« future succession, et cette somme était fort modique en égard
« aux biens du dit de Vouge » (38).

(37) Bardet et Lalaure, *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, tome I, livre 3, chapitre 52.

CHAPITRE III

DE L'AMEUBLISSEMENT ET DE LA STIPULATION DE PROPRES

§ I. — GÉNÉRALITÉS. BUT. L'AMEUBLISSEMENT EXCESSIF CESSE D'ÊTRE UN TITRE ONÉREUX

1. — Généralités.

Ce chapitre n'est pas consacré à une étude complète des clauses d'ameublement ou des stipulations de propres.

De nombreux points seront laissés dans l'ombre, il sera seulement question de rechercher si ces clauses peuvent aboutir à des avantages pour l'un ou l'autre des époux et si ces avantages sont dans l'esprit des coutumes, dans quelle mesure ces coutumes qui font tant de différences entre les propres et les acquêts admettent l'efficacité des dites clauses (1).

(1) Il peut paraître y avoir une contradiction entre la longueur de ce chapitre consacré à une clause qui quoique prévue dans le Code Civil est aujourd'hui à peu près complètement inusitée (je crois qu'on ne trouverait pas dans les recueils judiciaires parus depuis 1804 dix jugements ou arrêts consacrés à l'ameublement) et l'intention annoncée d'une étude d'ancien droit destinée à aboutir au droit moderne. Mais malgré la disparition de l'ameublement je serais incomplet en omettant une clause extrêmement courante et importante dans l'ancien droit.

D'autre part une étude de l'ameublement en droit ancien n'est pas aussi dénuée de relations avec le droit moderne qu'on pourrait le croire à première vue. Il est frappant de constater que l'ameublement, stipulation courante jusqu'à la Révolution, disparaît dans la pratique dès l'apparition du Code Civil, c'est-à-dire en moins de quinze ans. Quel que soit l'abîme qui sépare les deux époques à certains points de vue, il est bien certain qu'en quinze ans les habitudes, les mœurs, les idées, la composition des fortunes n'ont pas subi des transformations propres à amener la disparition d'une des clauses les plus habituelles dans les contrats de mariage de la période qui venait de se

J'analyserai enfin le caractère onéreux ou gratuit de ces clauses en essayant de distinguer les cas où elles constituent comme à leur origine de simples conventions de mariage et les cas où elles dégénèrent en aliénations ou donations : c'est ici que se rattachera naturellement la question de l'insinuation.

J'examinerai aussi le problème des autorisations nécessaires aux mineurs pour l'insertion dans leurs contrats de mariage d'une clause d'ameublement. Ce problème de même que celui de l'insinuation se rattache au caractère onéreux ou gratuit des stipulations dont il s'agit.

2. — Définition.

Voici exactement ce que l'ancien droit entendait par ameublement. « L'ameublement est un rapport d'un immeuble « dans la communauté ou une stipulation par laquelle on fait « prendre à un immeuble la nature de meuble et a l'effet de « le faire tomber dans la communauté » (2).

3. — La stipulation de propre.

On pouvait également stipuler « que les deniers ou choses « mobilières que la femme apporte en mariage ou qui lui seront « données par ses père et mère lui sortiront nature de propre » (3). (On stipulait éventuellement que ces biens « lui « sortiraient nature de propre et aux siens de ses côté et ligne. ») C'était la clause de stipulation de propre; dans la généralité des cas, une partie seulement de la dot des futurs époux était stipulée propre. La clause était alors ainsi conçue « De laquelle « somme de trente mille livres le tiers entrera en communauté et les deux autres tiers ensemble tout ce qui pourra « échoir à la dite demoiselle future épouse par succession, donation, legs testamentaire ou autrement, tant en meubles qu'immeubles pendant le dit mariage, lui sera et demeurera propre « et aux siens de son côté et ligne. » (4).

terminer. Il y a donc une raison : elle n'est pas difficile à trouver. La suppression des rentes, le classement des finances des offices et des revenus des valeurs mobilières parmi les meubles sont les facteurs de la transformation. Autrefois l'ameublement était clause courante, la stipulation de propres exceptionnelles dorénavant l'ameublement devenu inutile disparaît et dans les contrats de mariage l'adoption du régime de communauté réduite aux acquêts remplacera la stipulation de propres devenue beaucoup plus souvent nécessaire.

(2) Ferrières, *La science parfaite des notaires*, chapitre 7.

(3) Ferrières, *ibid.*, chapitre 11.

(4) Ferrières, *ibid.*, chapitre 18.

4. — Origine et but de la clause d'ameublissement.

« L'ameublissement, dit Ferrières, a été inventé pour faciliter le mariage des filles qui n'ont que des rentes et des héritages qui n'entrent point dans la communauté » (5).

Encore qu'il ne faille point attribuer à cette phrase unique une portée absolue, du moins montre-t-elle bien que la pratique de l'ancien droit n'avait pas perdu de vue l'origine des clauses d'ameublissement où elles avaient *incontestablement le caractère onéreux* de conventions de mariage.

5. — L'idée de compensation entre les patrimoines des futurs époux.

« Cette stipulation, poursuit Ferrières, se met le plus souvent en faveur du futur époux pour compenser ce qu'il peut avoir lui-même de mobilier en état d'entrer en communauté ou le gain que peut produire à la communauté son travail et son industrie ».

L'ameublissement était une clause « ordinaire » dans les contrats de mariage et il se faisait « avec une sorte de proportion et d'égalité » (6).

Ces idées de compensation du travail du mari et d'égalité « de proportions morale et non arithmétique » se rencontrent beaucoup dans l'ancien droit. C'est ainsi que Ricart dit (7) : « Dans l'usage de ce temps, il se pratique que les filles ameublissent par leur contrat de mariage le tiers de leurs propres, si ce n'est qu'elles aient des meubles jusqu'à cette concurrence, sans que les maris fassent ameublissement de la femme ».

Il ne s'agissait d'ailleurs pas de théories purement doctrinales ou forgées par les arrêlistes. Leur première expression est ancienne : « *Ita cōiri posse societatem non dubitatur ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos sit commune, quia soepe opera alicujus pro pecunia valet* ». Nous les trouvons affirmées dans une série d'arrêts qui va de 1568 à 1605. Il est plus que probable que les solutions données dans ces arrêts furent considérées comme définitives,

(5) Ferrières, *ibid.*, chapitre 7.

(6) Blondeau, *Journal du Palais*, sous l'arrêt du 15 juillet 1678.

(7) Ricard, *Traité des donations*, 1^{re} partie, chapitre 4, section 3, glose 1.

étant donné le silence de la jurisprudence postérieure à cette dernière date.

6. — Un ameublissement excessif équivaut à une aliénation ; fait par un mineur il est réductible.

Une première série d'arrêts a jugé que les « ameublissements faits par un mineur peuvent être réduits ad legitimum modum, eu égard à l'avantage fait par ledit contrat, à la « qualité des parties et à ce que l'on a coutume d'observer ». Ceci a été jugé en 1568, puis en 1572 par la 4^e Chambre des enquêtes dont l'arrêt fut lut au Châtelet pour faire loi à l'avenir, et une troisième fois le 4 mai 1585 (8).

Un arrêt du 8 juillet 1599 est allé plus loin en réduisant « l'ameublissement excessif fait du bien d'une mineure » quoique le contrat de mariage contenant la clause ait été homologué en justice.

7. — Réciproquement un mineur peut être relevé du défaut de stipulation de propre.

Les solutions étaient analogues en cas de défaut de stipulation de propre : le mineur pouvait s'en faire relever, « quand « tous ses biens consistant en meubles, son tuteur a manqué « d'en réaliser une partie ou d'en stipuler l'emploi en héritages qui seraient propres au mineur..., on doit juger propres « en ce cas les deux tiers des meubles parce que la réalisation « de dot est de droit commun » (9).

8. — Arrêt du 9 avril 1591.

Le premier arrêt en ce sens fut rendu le 9 avril 1591 (10) en la Grand'Chambre par le Premier Président Buisson « donné « au profit de Bourgeois, par lequel fut jugé que le mineur « duquel le bien consiste entièrement en meubles, se mariant « avec l'autorité de son curateur sans stipuler qu'une bonne « partie de son bien fut employé en héritage qui serait censé « le propre du mineur, il ne fallait prendre qu'une portion modérée pour entrer en communauté qui fut arbitrée au tiers ex « communi usu contrahendi ».

(8) Louet et Brodeau, *Recueil d'arrêts notables*, lettre M, n° 4.

(9) Le Brun, *De la communauté*, livre I, chapitre 5, section 1, distinction 3.

(10) Louet et Brodeau, *ibid.*, lettre M, n° 20.

9. — Arrêt de janvier 1598.

La même question fut jugée en janvier 1598 (11) « entre
« Nicolas Durand appelant du Bailli d'Orléans et Isaac Goyer,
« curateur de Catherine Durand, fille du dit Durand et de Rose
« Baudet, laquelle Baudet étant mineure, avait eu en mariage
« 10.000 livres pour tout droit successif : son tuteur avait omis
« d'en stipuler le remploi et le mari prétendait toute la somme
« être entrée dans la communauté; au contraire, la fille sout-
« nait que c'était la substance de la mère défunte, que le tuteur
« avait omis la stipulation du remploi, in eo laesa ».

...« Ladite Baudet étant mineure lors de son contrat de
« mariage n'avait pu valablement convenir que la somme de
« 10.000 livres qui lui était baillée... entrât tout entière dans
« la communauté, parce que c'eût été contre la coutume aliéner
« son propre et que le dit ameublissement de tous les propres
« bien qu'en deniers, se devait restreindre au tiers seulement
« et que la fille... »

Le mari fut condamné à rendre les deux tiers de la somme de 10.000 livres, un tiers seulement restant en communauté.

La même chose fut encore jugée au Parlement le 10 juillet 1605 au rapport de M. de Ribier.

10. — Esprit de cette jurisprudence.

La conclusion à dégager de l'étude de cette jurisprudence serait sans doute plus nette et plus frappante s'il ne s'agissait partout de Contrats de mariage passés par des mineurs. Mais du moins voit-on clairement l'esprit de l'ancien droit sur la question de l'égalité entre les patrimoines propres des époux. L'ameublissement et la stipulation de propres ont été inventés pour établir cette égalité au cas où elle ne serait pas immédiatement réalisée par le jeu des règles légales : nous venons de voir que le Parlement, chaque fois qu'il le pouvait, s'opposait formellement à ce que ces clauses aboutissent à faire passer une partie des propres de l'un des époux sur la tête de l'autre.

Cette jurisprudence fut toutefois tempérée par l'application du principe précédemment exposé que l'égalité recherchée est une égalité morale et non arithmétique.

(11) Louet et Brodeau, *loc. cit.*

Guyot, *Répertoire universel de jurisprudence*. V^o ameublissement.
Le Prestre, Centurie I, chapitre 42.

11. — La réciprocité d'une clause d'ameublissement empêche un mineur d'en être relevé. Arrêt du 18 avril 1617.

C'est ainsi que la stipulation que tous les propres de l'un et l'autre des conjoints tant présents qu'à venir entreront en communauté a été jugée légitime par arrêt de la Grand'Chambre du Parlement de Paris en date du 18 avril 1617 (12). Le procès avait été engagé par les héritiers collatéraux du conjoint prédécédé qui invoquaient la minorité de leur auteur. Le survivant répliquait que *la convention étant respective entre les conjoints il n'y fallait voir d'avantage pour aucun des contractants*. Il ajoutait (l'argument n'est pas très juridique mais il est à retenir parce que fréquent et non dénué de bon sens) qu'au contraire dans une telle stipulation « il semblait que le mineur gagnait le plus par l'espérance de survie qui le regardait plus particulièrement ». Cet argument était repris par Mornac (cité par Louet et Brodeau) qui approuvait la décision rendue, pensant « *qu'une donation mutuelle ou un ameublissement mutuel de tous les biens n'est pas une aliénation; c'est une convention avantageuse au survivant et qui ne nuit pas au prédécédé à cause de l'égalité et de l'incertitude de l'événement* ».

Dumoulin pensait de même (13) : « *Quid solus vir minor vel ambo minores ? Nihilominus puto indistincte quod valeat ret quia non est alienatio sed negotium utrique utile, non continens alienationem sed meliorem conditionem.* »

« *Quid si mulier erat minor 25 annis et praecedet virum, ejus heredes non volunt servare ? Puto tamen quod debeat valere quia quanto erat junior, tanto verisimiliter erat commodum futurum ; tamen rigore juris non valeret.* » (Dumoulin précédait la jurisprudence de près d'un siècle !)

12. — Arrêt du 15 juillet 1678.

Un arrêt analogue à celui de 1617 fut rendu dans une espèce présentant presque les mêmes faits. Un mineur avait stipulé dans son contrat de mariage sans même l'assistance de son curateur que tous les biens qui se montaient à la somme de 14.000 livres entreraient en communauté. La future épouse consentait la même chose à son égard tant pour les biens présents qu'elle

(12) Louet et Brodeau, lettre M, nombre 9.

Le Prestre, centurie I, chapitre 47.

(13) Dumoulin, sous l'article 155 de l'ancienne coutume de Paris.

apportait que pour ceux qui pourraient lui échoir dans la suite par succession ou autrement.

La femme décède la première et le mari devenu majeur avait déjà partagé la communauté quand se ravisant il demanda et obtint des lettres contre la clause de son contrat de mariage et le partage effectué : il est débouté de ses lettres en première instance puis par un arrêt de la 3^e Chambre des Enquêtes du Parlement de Paris rendu le 15 juillet 1678 au rapport de M. de Malbranche (14).

Le mari invoquait sa minorité. Il lui était répondu que si les conjoints avaient respectivement mis tous leurs biens en communauté et si cela constituait lors du mariage une inégalité d'apports à son détriment, sa femme avait encore mis en communauté tous ses biens à échoir (dont la succession de son père) et qu'ainsi il n'y avait aucune inégalité, l'appelant ayant reçu un avantage proportionné à celui qu'il faisait. L'on disait aussi qu'encore que communément parlant un mineur ne puisse pas mettre tous ses biens en communauté sans « observer préalablement toutes les solennités requises.. néanmoins cela pouvait avoir lieu dans le cas d'un ameublement réciproque fait par les conjoints quand même il comprendrait tous leurs propres tant présents qu'à venir. *La raison est qu'une convention de cette qualité n'est pas proprement une aliénation.* »

13. — L'ameublement et la légitime.

L'ameublement connaissait enfin comme toutes les clauses de Contrat de mariage la double limite de la légitime des enfants et de l'Edit des secondes noces.

En ce qui concerne la légitime, il est certain qu'un ameublement n'excédant pas les bornes des conventions ordinaires n'y est pas sujet, mais un ameublement excessif sur les biens soumis à la légitime est réductible à concurrence de celle-ci. (Cette solution est donnée conformément aux principes généraux du droit : deux coutumes avaient pris la précaution de régler expressément la chose suivant ce qui vient d'être dit ; la coutume de la Marche article 288 et la coutume de Saint-Quentin, article 10, disposaient que les contrats

(14) Blondeau et Gueret, *Journal du Palais*, arrêt du 15 juillet 1678.

de mariage étaient susceptibles de toutes clauses possibles entre les époux, pourvu que la légitime des enfants soit sauve (15).

14. — L'Edit des secondes noces ; la réciprocité n'empêche pas son application.

Quant à l'Edit des secondes noces, c'est sans difficultés que l'ameublement lui était soumis (16) comme étant une manière par laquelle un des conjoints avantage indirectement le second.

La réciprocité effective de l'ameublement ne l'empêchait pas d'être soumis à la réduction de l'Edit : que si un mari ayant beaucoup de meubles et sa future en ayant peu elle ameublit pour égaler son apport, même au-delà du tiers de ses propres et que dans la suite elle ou ses héritiers renoncent à la communauté, il y aura lieu au retranchement pour tout ce qui excède la proportion ordinaire du tiers : il n'importe pas comment la femme avantage son second mari et par quel détour elle lui donne ce qui ne doit point entrer en communauté (17).

**§ 2. — DE L'INSINUATION DES CONTRATS DE MARIAGE
CONTENANT DES CLAUSES D'AMEUBLISSEMENT**

15. — Quand l'opération réalise une donation elle est sujette à insinuation. Arrêts en ce sens.

L'insinuation était exigée sans contestation pour les clauses d'ameublement qui réalisaient une donation profit du futur conjoint par le stipulant. On considérait qu'il y avait donation lorsque la future femme ameublissait son héritage propre soit en entier, soit partiellement, s'il n'y avait un avantage réciproque fait par le mari (18).

De ce que la Jurisprudence était constante au Châtelet de Paris (19), conformément à trois arrêts du Parlement rendus, le

(15) Le Brun, *Traité des successions*, livre 2, chapitre 3, section 7.

(16) Ricard, *Traité des donations*, partie 3, chapitre 9, glose 2.

(17) Le Brun, *Traité des successions*, livre 2, chapitre 6, distinction 4 de la section 1.

(18) Jean Bacquet, *Traité des droits de justice*, chapitre 21.

(19) Renusson, *Traité du douaire*, chapitre IV, n° 5.

Ferrières, *Corps et compilations de la coutume de Paris*, article 284, glose 2, § 3.

Bacquet, *loc. cit.*

premier entre Jean Sachot et Nicolas Cothereau au rapport de M. de Here, le deuxième le 21 novembre 1579 par la 1^{re} Chambre des Enquêtes entre Antoinette Duval et Nicolas Garel, le troisième le 2 juillet 1594 au rapport de M. Houberon entre Thibault Jouvier et Claude Auberon après « l'avoir demandé aux « Chambres ». Dans cette dernière espèce, il s'agissait de la validité d'un contrat de mariage qui n'avait pas été insinué quoique portant une clause par laquelle la femme, majeure, n'ayant apporté à la communauté aucun meuble, ameublissait et faisait conquêts tous ses héritages. Après la mort des deux époux, le dit Jouvier, créancier du mari, « prétendait moitié ès « héritages ameublissés » contre les héritiers de la femme. Ceux-ci furent absous parce que le contrat de mariage contenant l'ameublissement n'avait pas été insinué.

16. — Opinion de Bacquet ; elle est trop absolue.

Bacquet approuvait cette jurisprudence et était d'avis que tous les contrats de mariage contenant une clause d'ameublissement devaient être insinués. « Combien qu'aucuns veulent « dire qu'un ameublissement d'héritage fait par contrat de « mariage est un pacte de société sans lequel le mari ne recc- « vrait la femme à être commune en biens avec lui et que telles « pactions ne sont sujettes à insinuation, toutefois il est besoin « de faire insinuer les dits ameublissements comme étant vrais « donations et avantages faits par la future épouse à son futur « époux, non pas de meubles mais d'immeubles. »

17. — Pas d'insinuation pour un ameublissement proportionné au patrimoine du stipulant. Arrêt du 8 juillet 1599.

Mais cette opinion est trop absolue et il est bien certain en Doctrine et en Jurisprudence que l'ameublissement n'est pas sujet à insinuation quand il n'excède pas ce qui se met ordinairement en communauté de la part de la femme, c'est-à-dire le tiers de ses héritages : c'est alors une simple convention de mariage qui ne constitue pas un avantage pour le mari.

De ce il y a arrêt donné par la Grand'Chambre du Parlement de Paris le 8 juillet 1599 (20), « plaidans Bignon et de La- « met, « L'ameublissement fait de partie du propre du mineur

(20) Louet et Brodeau, lettre 1, nombre 64.

« par son contrat de mariage homologué en justice est une « paction et non une donation sujette à insinuation. »

L'insinuation est requise au contraire quand l'ameublisement « est fait de tous ou de la plus grande partie des biens « de la femme et du mari » parce qu'alors il peut passer pour « une donation de la femme au mari ou du mari à la femme. » (21).

18. — Pas d'insinuation si l'ameublisement excessif est compensé moralement ou pécuniairement. Arrêt du 14 février 1595.

L'insinuation cesse d'être nécessaire au cas d'ameublisement supérieur à la proportion accoutumée si cet excédent est compensé par ailleurs. « Nous considérons non seulement la « qualité de ce qui entre en une semblable stipulation, mais « aussi toutes les circonstances qui l'accompagnent; par exemple si une fille de médiocre qualité s'allie à une personne « illustre et qu'il soit stipulé un plus grand ameublisement de « propres qu'il n'eut été fait si elle eut épousé une personne « de sa condition, nous ne ferons passer cette stipulation que « pour une simple convention de mariage et non pas pour un « avantage et une convention sujette à être insinuée. » (22)

L'insinuation n'était pas nécessaire non plus à la validité de Contrats de mariage contenant des stipulations d'ameublisement supérieures à celles qui se font ordinairement si ces stipulations étaient réciproques.

Il a ainsi été jugé par arrêt de la 5^e Chambre des Enquêtes du Parlement de Paris rendu le 14 février 1595 au rapport de M. Faye (22). « Une convention par laquelle les futurs conjoints « accordent par le contrat de mariage que tous les propres respectivement entrent en leur communauté est une société, une « négociation et non une donation qui fut sujette à insinuation. »

Il est à remarquer que cet arrêt du 14 février 1595 marque à propos de l'insinuation une Jurisprudence semblable à celle du Parlement en ce qui concerne les ameublissements faits par des mineurs (arrêts des 18 avril 1617 et 15 juillet 1678 cités au

(21) Ferrières sur Bacquet, *Traité des droits de justice*, loc. cit.

(22) Lœuet et Brodeau, lettre 1, n° 64.

Ricard, *loc. cit.*

Le Prestre, centurie 1, chapitre 44.

paragraphe précédent). Cette identité n'est pas inutile à constater : elle montre en effet la force de la réciprocité dans les conventions de mariage : à deux points de vue différents, dès le début du ^{xvii}^e siècle, la réciprocité donnait le caractère onéreux de conventions de mariage à des clauses qui non réciproques auraient le caractère gratuit.

§ 3. — EFFETS DES CLAUSES D'AMEUBLISSEMENT

19. — La question.

L'ancien droit accordait donc, on l'a vu, une certaine efficacité aux clauses d'ameublissement, mais dans une législation aussi attachée à la conservation des biens dans les familles et faisant tant de distinctions, créant tant de catégories de biens dans les patrimoines, il était impossible qu'une simple convention, même introduite dans un acte aussi solennel que le contrat de mariage, put faire passer complètement un bien d'une catégorie dans une autre. Cela eut entraîné au point de vue successoral trop de conséquences contraires à l'esprit des coutumes. Il était donc impossible que des limites ne fussent pas apportées à l'effet des clauses d'ameublissement : l'intérêt de ce paragraphe sera de chercher l'esprit qui a présidé à l'établissement de ces limites.

20. — Opinions de Le Brun et de Bacquet.

Le Brun (23) indique l'effet général des clauses d'ameublissement, et la restriction à y apporter. « A l'égard de la part qui « appartiendra à l'autre conjoint au profit duquel l'ameublissement a été fait, elle lui sera un vrai conquêt tant pour la « disposition que pour la succession. » Or il venait de dire « Les « fictions ne passent jamais les bornes de la loi ou de la convention, or l'ameublissement en question n'est stipulé que « pour la communauté ». Mais un conquêt qualifié de fictif n'est pas un vrai conquêt et je préfère l'opinion de Bacquet (24) : « On tient que l'ameublissement de l'héritage propre de la

(23) Le Brun, *Traité de la communauté*, tome 1, livre 1, chapitre 5, section 1, distinction 2.

(24) Bacquet, *Traité des droits de justice*, chapitre 21, n° 352.

« femme n'est pas un vrai conquêt fait par le mari durant et
« constant son mariage... mais un conquêt conventionnel fictif
« et stimulé. En sorte que la moitié restée à la femme de son
« héritage ameubli est censée à son regard plutôt propre que
« conquêt. De fait si ladite moitié d'héritage ameubli est ven-
« due par la femme, elle est sujette à retrait lignager. En outre
« ladite femme ne peut disposer par testament que du quint
« d'icelle moitié, comme étant propre et non acquêt ni conquêt
« pour le regard de ladite femme. »

Ainsi quant à l'époux qui avait opéré l'ameublement, il est bien certain que l'immeuble lui restait propre avec toutes les conséquences que cela entraînait, notamment au point de vue successoral ; l'immeuble ameubli ne se trouvait pas frappé par les dispositions régissant les conquêts.

21. — Si l'article 279 de la Coutume de Paris frappe les immeubles ameublis.

Une difficulté s'était élevée dans les coutumes des Paris et d'Orléans (article 279 de la coutume de Paris et 293 de la coutume d'Orléans) sur le point de savoir si les immeubles ameublis et stipulés conquêts par un premier Contrat de mariage doivent être entièrement réservés sans que le nouveau conjoint en puisse profiter au préjudice des parts dont les enfants du premier lit pourraient en amender de leur mère de même qu'à l'égard des autres conquêts ou bien si au contraire la femme peut en disposer jusqu'à concurrence d'une part d'enfant le moins prenant comme de ses propres (25). L'argument qui est opposé à la femme, c'est que ce qu'elle a ameubli au profit de son mari, elle l'a ameubli au profit de ses enfants.

Pour Le Brun, le conjoint (les articles dont il s'agit ont été étendus aux hommes) qui a ameubli n'est point obligé lorsqu'il se remarie de conserver la part qu'il lui reste de son propre aux enfants de son premier lit en vertu de l'article 279 (26).

22. — Arrêt du 24 juillet 1741.

Cette opinion est confirmée par l'arrêt du 21 juillet 1741 (27)

(25) Ricard, *Traité des donations*, 1^{re} partie, chapitre 4, section 3, glose 1.

(26) Le Brun, *Traité de la communauté*, tome 1, livre 1, chapitre 5, section 1, distinction 2.

(27) De la Combe, *Arrêts et règlements notables*, chapitre 98.

Merlin, *Répertoire universel de jurisprudence*. V^o noces secondes, § 5.

rendu par la Grand'Chambre du Parlement de Paris en la coutume d'Orléans dans l'affaire demoiselle Bruant, veuve Defaye, contre enfants Defaye, duquel il résulte que le survivant remarié, quoique ayant ameubli le quart d'une maison lors de son premier mariage, a pu valablement disposer d'un part d'enfant dans ce quart de maison nonobstant l'ameublement : la disparition de celui en faveur de qui la clause était portée semble décharger celui qui l'avait portée des restrictions qu'il subissait.

23. — Si après la mort du stipulant la clause conserve son effet vis-à-vis du survivant. Affaire Le Chaleux.

Qu'arrivait-il par contre au cas de précédés de l'époux stipulant ? L'effet de l'ameublement durera-t-il autant que la communauté ou survivra-t-il à la dissolution de celle-ci, tant que vivra l'époux bénéficiaire ?

Voici comment la question vint à se présenter devant le Parlement (28). Dans le contrat de mariage passé entre Jacques Le Chaleux, auditeur en la Chambre des Comptes, et Demoiselle Françoise Lecollier, il fut porté que le futur époux qui n'avait point de meubles mettait en communauté la somme de 10.000 livres à prendre sur sa charge d'auditeur. Le père et la mère de la future épouse la dotaient de 18.000 livres en deniers comptants qui entraient dans la communauté.

De ce mariage naquit une fille, Radegonde Le Chaleux. Après la mort de son père, elle fut mariée par sa mère avec Jamart, Conseiller au Grand Conseil ; elle apportait une dot de 100.000 livres. Elle mourut sans enfant, laissant deux sortes d'héritiers, sa mère héritière des meubles et acquêts et des conquêts de sa propre communauté (qui étaient dans le patrimoine de la fille depuis la mort du père) et ensemble de tout ce qu'elle lui avait donné de son chef en dot, et une dame Marguerite Goujon qui était héritière des propres paternels.

La dame Jamart avait disposé par testament de la meilleure partie des effets mobiliers qu'elle tenait de la libéralité de sa mère, de telle sorte que celle-ci se trouva presque réduite à l'usufruit de la moitié qui appartenait à la défunte dans les conquêts de la communauté de son père. Parmi ces conquêts se trouvait l'ameublement fait par Le Chaleux de la somme

(28) Blondeau et Guéret, *Journal du Palais*, tome 2. Arrêt du Parlement de Paris du 7 janvier 1688.

de 10.000 livres à prendre sur sa charge. La veuve prétendit avoir le droit de considérer cette somme de 10.000 livres comme un conquêt de sa communauté, conservant cette qualité même après le décès de son mari et de sa fille.

L'hypothèse était peut-être compliquée, mais la question de droit fort nette. Par sentence des Requêtes du Palais en date du 22 décembre 1685, la dame Marguerite Goujon fut déboutée et Françoise Le Collier reçut l'usufruit qu'elle réclamait.

24. — Thèse restrictive.

La dame Goujon fit appel et exposa devant la première Chambre des Enquêtes que les clauses d'ameublement qui se mettent dans les Contrats de mariage ne changent point la véritable nature des propres. Il y a là une fiction qu'il faut restreindre à l'effet pour lequel elle a été faite, qui est d'enrichir la communauté ; l'étendre serait multiplier les fictions contrairement à la règle de droit. L'appelante citait une phrase de Dumoulin, disant que la fiction des propres doit être restreinte dans son cas et qu'elle n'a lieu qu'entre mari et femme, « inter virum et uxorem, non vero respectu aliorum ». Elle en concluait que le propre ameubli par Le Chaleux ayant passé dans les mains de sa fille, il doit être considéré selon sa nature de propre dans la succession de cette fille.

Il a d'ailleurs été jugé sur ses principes, disait-elle, que l'ancien propre ameubli conservait sa nature dans les successions et appartenait à l'héritier des propres de la ligne dont il procédait, à l'exclusion de l'héritier des acquêts ou des propres naissants.

En bref, les articles 230 et 314 de la coutume de Paris qui donnent l'usufruit dont il s'agit au survivant des conjoints qui succède à ses enfants, parlent des conquêts c'est-à-dire des biens acquis par le commun travail des époux.

25. — Thèse extensive.

L'intimée déclarait demander tout simplement ce que la coutume accorde à toutes les veuves sur les conquêts de la communauté qu'elles ont eue avec leurs maris.

Lorsqu'un des conjoints ameublit quelque portion de ses propres, l'intention des deux est de récompenser par ce moyen l'inégalité de ce que le second apporte dans la communauté et de suppléer ainsi au défaut d'effets mobiliers. Pour cela il

faut que l'autre conjoint trouve les mêmes avantages sur le propre ameubli qu'il aurait sur les effets mobiliers et les mêmes que l'autre trouve réciproquement sur les meubles effectifs mis dans la communauté. La convention doit opérer à l'égard du conjoint bénéficiaire sur le propre ameubli les mêmes effets que la vérité opère à l'égard du stipulant sur les effets mobiliers qu'il trouve dans la communauté. Le bon sens et l'équité le veulent ainsi, autrement l'égalité que la coutume désire dans la communauté et qui est de la nature des sociétés ne s'y rencontrerait pas. Il arriverait contre l'esprit de la loi et contre l'intention des contractants qu'un des conjoints aurait plus de droits et d'avantages que l'autre.

Tantum operatur fictio in casu ficto, quam veritas in casu vero. Aux termes de cette règle, *le propre ameubli doit suivre entre les conjoints la même loi que l'on observe pour les vrais conquêts* qui ont été faits des deniers dans cette communauté par l'autre conjoint. L'ameublisement est une espèce de vente que l'un des conjoints fait à la communauté du propre qu'il lui apporte au lieu de deniers ; la propriété de cet héritage passe de la personne du conjoint à la communauté et l'héritage devient ainsi sujet aux mêmes règles que les véritables conquêts.

Il est vrai que *quand il ne s'agit point de l'intérêt des conjoints ni de régler les droits de l'un des deux* au profit de qui l'ameublisement a été fait, mais *de régler les droits des personnes tierces* dans une succession ou dans toute autre matière n'ayant point de relation avec la communauté, on ne considère que l'ancienne qualité de propres sans avoir égard à l'ameublisement.

Mais à l'égard du conjoint au profit duquel l'ameublisement a été fait le propre ameubli conserve la qualité de conquêt qui lui a été imprimée par le Contrat de mariage et la convention d'ameublisement opère à son égard tout ce qu'opérerait la vérité dans un véritable conquêt.

26. — Arrêt du 7 janvier 1688 ; il admet la thèse extensive.

La Première Chambre des Enquêtes, par arrêt du 7 janvier 1688, confirma la décision entreprise jugeant (ce sont les termes de l'arrêtiste) « que l'intimée jouira sa vie durant de l'usufruit » de la somme de 10.000 livres comme d'un conquêt sorti de « sa communauté qu'elle retrouve dans la succession de sa » fille. Car il ne faut pas considérer cette somme comme un

« effet purement mobilier... mais comme un conquêt immeuble
« de communauté, les conjoints pouvant mettre dans la com-
« munauté des immeubles au défaut des meubles. »

27. — Arrêt du 3 décembre 1609 ; même solution pour la stipulation de propres.

Inversement d'ailleurs la clause de stipulation de propres se retournait contre l'époux non stipulant, même quand les biens qui en avaient fait l'objet étaient passés dans un autre patrimoine. Par contrat de mariage entre Baugeois l'Homme et Françoise de Bourges, il avait été stipulé que de ce que le futur mari apportait (il n'apportait que des meubles) six cents livres demeureraient propres à lui et aux siens, le reste tombant en communauté. Ledit l'Homme mourut laissant une fille qui ne lui survécut que quelque temps. Françoise de Bourges, héritière des meubles de sa fille, voulut succéder à cette somme de 600 livres, disant que par la clause du contrat de mariage un meuble n'avait pu être converti en immeuble, le but étant simplement d'empêcher les 600 livres de tomber en communauté, ce qui avait été réalisé. Les héritiers collatéraux, à qui revenaient les propres, prétendaient de leur côté la somme leur appartenir en vertu de la stipulation du contrat de mariage.

Par sentence du Prévot de Paris du 16 septembre 1607, la dame de Bourges fut condamnée à rendre aux héritiers la somme en question. Son appel fut rejeté le 23 décembre 1609, par arrêt solennel prononcé par le Premier Président de Harlay (29).

28. — Arrêt La Mark.

C'est toujours sur les mêmes principes que par arrêt rendu en la 2^e Chambre des Enquêtes, sur rapport de M. Dreux (30), il fut jugé contre la comtesse de La Mark qu'elle ne pouvait point prendre son douaire coutumier sur les propres du sieur de La Mark, son mari, ameublis jusqu'à concurrence de 80.000 livres et que cet ameublement diminuait son douaire coutumier, encore même qu'il lui eut été par la suite infructueux parce qu'elle avait renoncé à la communauté.

Vis-à-vis du conjoint non stipulant la clause d'ameublisse-

(29) Bouchel, *Bibliothèque du droit français*. V^o propre.

(30) Blondeau et Guéret, *Journal du Palais*, loc. cit.

ment et son homologue la clause de stipulation de propres avaient donc leur plein effet. Faites pour remédier aux inconvénients qu'entraînait la composition du patrimoine du stipulant, elles plaçaient effectivement et définitivement le conjoint dans la situation qu'elles avaient pour but de créer.

29. — Effet d'une clause d'ameublisement vis-à-vis d'un parent du prédécédé. Arrêt de Pâques 1600.

La solution n'était pas la même, on l'a vu, quand il s'agissait du stipulant : la situation pour lui n'était pas définitive (arrêt du 24 juillet 1741). L'effet produit par la clause d'ameublisement n'était pas la même non plus vis-à-vis des parents du stipulant que vis-à-vis du conjoint : une femme en se mariant avait ameubli 2.000 écus de ses propres ; elle mourut avant sa mère et celle-ci, héritière des meubles, réclama sa part sur les 2.000 écus. Le Parlement la débouta de sa demande par arrêt rendu le jour de Pâques 1600 au rapport de M. de Montholon (31). La clause d'ameublisement n'avait d'effet qu'entre les époux et ne pouvait vis-à-vis de la mère transformer la nature d'un immeuble.

Cette opinion est celle de Bacquet (32), qui cite en outre l'exemple suivant : « En sorte que le père étant héritier des « meubles, acquêts et conquêts de son enfant, il ne succédera « pas à la moitié de l'héritage qui lui avait été ameubli par sa « femme, laquelle moitié a appartenu à son enfant par le tré- « pas de sa dite femme, parce que ladite moitié d'héritage n'est « pas un meuble. »

30. — Cas particuliers.

Toutefois si l'ameublisement a été fait par les père et mère au profit de la communauté, ce qu'ils ont ameubli leur retourne comme propre et ne va point aux héritiers des acquêts. (Arrêt du Parlement de Paris donné en la Coutume de Paris le 14 août 1595.) (32)

Des immeubles ameublis gardent de même leur nature de propres dans le patrimoine d'un enfant qui a recueilli successivement les successions de son père et de sa mère, auteurs de

(31) Louet et Brodeau, lettre P, nombre 40.

(32) Bacquet, *Traité des droits de justice*, chapitre 21.

Brillon, *Dictionnaire de jurisprudence*, V^o ameublisement.

l'ameublement, sans qu'il ait été fait de partage. Il a été ainsi jugé par un arrêt du 10 avril 1668 rendu dans une contestation entre les deux lignes d'héritiers de l'enfant (33).

La nature de propre se conserve — on pourrait dire à la vérité qu'elle reparaît — « si l'ameublement de l'immeuble « fait par l'un des deux conjoints n'ayant point été exécuté « pendant le mariage et l'immeuble se trouvant en même nature dans la succession du conjoint mort sans enfants, il se « partage entre les héritiers collatéraux en l'état qu'il se trouve, « parce que cette fiction n'a son effet que pour la communauté « entre les conjoints à laquelle il est limité. » (34)

31. — Quid en cas de confiscation du mari.

Un controverse intéressante sur l'efficacité et la nature de l'ameublement avait été soulevée à propos de la confiscation. La question était la suivante : « En cas que le mari confisque « sa moitié dans la communauté, confisque-t-il aussi sa part « qu'il a dans l'ameublement qui a été fait des propres de « la femme. » (35)

Mais malheureusement au point de vue doctrinal la solution reste controversée et les arguments exposés perdent de l'intérêt si l'on ne sait auquel des deux points de vue la jurisprudence s'était arrêtée.

32. — Théorie restrictive, Le Brun.

Le Brun tenait pour la négative et prétendait que la jurisprudence était en ce sens. *L'ameublement*, disait-il, *n'est fait que pour le conjoint* et non pour le fisc ; si le mari a le même pouvoir sur le propre que sur le vrai conquêt, c'est par une fiction qui n'a lieu qu'en sa faveur en sorte que quand il ne s'agit plus de l'intérêt du mari, le propre ameubli reprend sa nature.

(33) Merlin, *Questions de droit*, V^o ameublement, § 4.

(34) Le Prestre, *Questions notables de droit*, centurie 1, chapitre 47.

(35) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, tome 2, chapitre 55, n^{os} 252 sq.

L'application logique du principe que le mari est seigneur et maître de la communauté eût dû conduire à l'engagement indéfini des biens de la communauté par ses délits, mais à Paris d'abord, puis en province, cette solution trop rigoureuse fut écartée et l'on admit que la confiscation des biens du mari ne porterait que sur la moitié des biens de la communauté (Le Brun, *Traité de la communauté*, livre 2, chapitre 2, section 3, n^o 1).

33. — Théorie extensive, Bouhier.

Bouhier trouvait ces arguments faibles. L'ameublissement, rétorquait-il, est fait pour le mari et aussi pour tous ceux qui ont droit sur lui et par conséquent pour le fisc lorsque la confiscation a lieu. Rien ne serait plus faux que de dire que la fiction (36) de l'ameublissement n'a lieu qu'en faveur du mari. N'a-t-elle pas lieu également en faveur de ses héritiers lorsqu'il s'agit de faire le partage de la communauté ? Ainsi n'est-ce pas parler exactement que de dire que le propre ameubli reprendra qualité d'immeuble quand il ne s'agit plus de l'intérêt du mari ; il faut ajouter ou de ceux qui le représentent et dès lors il n'y a pas de raison pour que le fisc ne prenne pas sa part dans l'ameublissement.

34. — Arrêt du 6 juin 1598.

Le Brun citait à l'appui de son opinion un arrêt du 6 juin 1598 déjà cité par Chopin (37) que Bouhier trouvait peu probant parce qu'ayant été rendu sur une circonstance particulière : par le Contrat de mariage tous les propres des conjoints avaient été ameublés en cas qu'il y eut des enfants de leur mariage après la dissolution duquel ceux-ci partageraient le tout avec le survivant par portions égales. Il y avait ainsi une espèce d'institution contractuelle dont le père ne pouvait par son délit priver les enfants. Ainsi donc l'arrêt n'est pas probant.

En cas de confiscation cependant l'intérêt du conjoint non coupable n'était pas perdu de vue : ainsi par exemple la femme ne perdait-elle pas son douaire malgré la confiscation des biens du mari. La chose fut jugée par arrêts des 8 juin 1546, 6 avril 1598 et 23 décembre 1601 (37).

(36) Il n'y a pas de rapport direct entre la théorie de la fiction de la loi exposée dans l'introduction à propos du caractère des avantages matrimoniaux et la fiction dont parle Bouhier. On ne peut argumenter de l'ancien droit au moderne : la fiction dont parle Bouhier c'est uniquement celle qui consiste à considérer comme meuble un immeuble et réciproquement (c'est d'ailleurs un langage partiellement inexact puisque souvent l'ameublissement portait sur une rente ou sur les finances d'un office, ce qui leur restituait leur vraie nature). La fiction du droit moderne est essentiellement différente.

(37) Choppin, *Commentaire sur la coutume de Paris*, livre 2, titre 2, n° 18.

CHAPITRE IV

DU FORFAIT

1. — Définition.

Le forfait est la stipulation par laquelle « on convient quelquefois dans un contrat de mariage que les héritiers de la femme auront pour tout droit de communauté une certaine somme. » (1) Il s'agit d'une cession faite au mari pour le cas où il survivrait de la part indéterminée qu'aurait la femme au jour de la dissolution. La convention peut être avantageuse aussi pour l'un que pour l'autre ; si elle est désavantageuse pour le mari, il supportera la perte en vertu du principe : *aequum est ut quem sequuntur commoda, eum sequantur incommoda*. Cette cession d'un contrat de communauté est une « espèce de *contrat aléatoire*, semblable à la vente qu'un pêcheur fait de son coup de filet ».

Le forfait de communauté était connu depuis longtemps : d'Argentré, sur l'article 22 de l'ancienne coutume de Bretagne (glose 4, in fine), dit : « Si maritus sponsae ducenta pepigisset pro sua parte conquestum, etiamisi secuta matrimonio nulli acquaesius fierent tamen non minus ducenta deberentur, veluti in certo eventus redempto. » Mais la validité de la clause fut néanmoins contestée longtemps encore, quoique la jurisprudence fut bien fixée.

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, 1^{re} partie, chapitre 3, § 8, n° 2.

Ricard dit que le forfait de communauté était « assez fréquent » (*Traité des donations*, 1^{re} partie, chapitre 4, section 111, n° 1136). La clause paraît cependant avoir été peu employée dans l'ancien droit (peut-être moins cependant qu'il ne le paraît à voir les recueils de jurisprudence, le forfait ayant justement pour effet de simplifier considérablement les partages et par suite les difficultés qui s'ensuivent). Aujourd'hui le forfait est à peu près inusité.

2. — Validités de ces conventions. Arrêts.

Par arrêt du 19 mai 1589, il fut jugé qu'on peut « valable-
« ment convenir que le mari survivant la femme ne donnera
« aux héritiers que 2.000 livres pour droit de communauté » (2).

La femme elle-même n'est pas recevable à se faire relever d'une clause de forfait (arrêt du 15 janvier 1592 et du 1^{er} juin 1629) (3) à demander le partage des biens communs après la mort du mari.

Réciproquement les héritiers du mari ne peuvent obliger la femme à prendre la moitié des biens de la communauté au lieu de la somme convenue dans le contrat de mariage. Le mari ne peut le faire à l'égard des héritiers de la femme et la somme sera prise sur ses biens si ceux de la communauté sont insuffisants (arrêts du 15 avril 1608 et du 19 février 1646, du Parlement de Paris).

La clause de forfait était également pratiquée dans le ressort du Parlement de Bordeaux : Marie Ogier, veuve de Maître Fiacre Bouvot, sénéchal de Pons, obtint des lettres pour être restituée contre la clause de son contrat de mariage par laquelle elle devait se contenter de la somme de 3.000 livres ; or il y avait 50.000 livres d'acquêts. Les enfants du premier lit de Bouvot la firent débouter de ses lettres par arrêt du Parlement de Bordeaux (5). « Si au contraire, ajoute Béchet, les
« biens de la communauté étaient de si peu de valeur que la
« moitié de la femme ne valut pas la somme accordée par son
« Contrat de mariage, néanmoins elle ou ses héritiers la pren-
« draient tout entière. »

Le Parlement de Rennes validait la clause d'exclusion de communauté (qui n'est que la limite de la clause de forfait) : jugée au procès d'entre les héritiers de Perronnelle Gaultier et Lucas Hallouays. Le contrat de mariage portait que ladite Gaultier ne participerait pas aux acquêts qui seraient faite pendant la communauté.

Celle-ci prospéra beaucoup et les héritiers de la femme de-

(2) Louet et Brodeau, lettre M, nombre 4.

(3) Anne Robert, livre 4, chapitre X. Ferrières, *Corps et compilation de la coutume de Paris*, article 220, glose 1 ; article 79, glose 2.

(4) Ferrières, *ibid.*, article 220, glose 1. Louet et Brodeau, lettre M, nombre 4.

(5) Béchet, *Usance de Saintonge*, titre 5, article 49.

mandaient le partage par moitié. Le Parlement les débouta par arrêt du 25 février 1577. Le 3 mars 1567 (6) un arrêt avait été rendu en pareils termes entre Jacques de France et les héritiers de sa femme.

3. — Formule.

La formule employée était la suivante : « Arrivant la dissolution du mariage, la future épousée se contente dès à présent comme dès lors pour tout droit de communauté et pour la part qu'elle pourrait prétendre dans les meubles et conquêts d'icelle ; de la somme de... qu'elle prendra sur les meubles et conquêts de la communauté et s'ils ne suffisent pas sur les propres du mari. » (7)

4. — Pas besoin d'insinuation.

Une telle convention échappait à l'insinuation (8). La somme reçue par la femme était considérée comme la part qu'elle aurait eue autrement dans la communauté, plutôt que comme une donation.

5. — Le forfait échappe à la légitime des enfants.

De même que les autres conventions de mariage, le forfait échappait à la légitime n'étant pas réputé donation. C'est pourquoi, nous dit Pothier (9), s'il était convenu que « le mari survivant ne serait tenu de rendre pour tout droit de communauté aux héritiers de la femme que ce qu'elle y a apporté, ou une certaine somme, quoique la communauté se trouve très avantageuse, cet avantage ne sera pas sujet à la légitime des enfants de la femme, car le mari survivant ne retient pas en ce cas les biens de la communauté en vertu d'aucune donation que la femme lui ait faite, mais parce que c'est une clause et une condition du contrat de communauté qui a été fait entre eux ».

(6) Du Fail, *Arrêts et règlements donnés au Parlement de Bretagne*, livre 1, chapitre 348.

(7) Ferrières, *La science parfaite des notaires*, tome 1, livre 4, chapitre 5.

(8) Bacquet, *Traité des droits de justice*, chapitre 21.

Le Brun, *Traité de la communauté*, livre 3, chapitre 2, section 1, distinction 4.

Choppin *Coutume de Paris*, titre 13, n° 17.

(9) Pothier, *Donations entre vifs*, section 3, article 5, § 2.

6. — Quid en cas de secondes noces ? Le Brun. Ferrières.

La doctrine était moins certaine sur la solution à adopter en matière de secondes noces. Si la somme convenue pour forfait par un homme convolant en secondes noces est normale par rapport à la situation de fortune des nouveaux époux le jour du mariage, ne sera-t-elle pas réductible si le jour de la dissolution elle est devenue exorbitante par suite du mauvais état des affaires du mari ? La raison de douter est que si la femme ne devait bénéficier que d'une somme beaucoup moindre que ce à quoi sa part devait monter dans la communauté, elle ne laisserait pas que d'être obligée de s'en tenir à la somme stipulée quelle que soit alors la fortune de son mari. Ceci inclinait Le Brun à penser que dans le cas prévu (somme normale le jour du mariage, devenue excessive le jour de la dissolution par suite du mauvais état de la communauté) la femme ne devait souffrir aucun retranchement (10). Ferrières (11) est du même avis : « La femme, dit-il, a renoncé par la clause au profit qu'elle pouvait faire au cas que les biens de la communauté eussent augmenté considérablement et ne serait pas recevable à se plaindre de la lésion qu'elle en recevrait (arrêt déjà cités du 16 janvier 1792 et 1^{er} juin 1629) «il est juste qu'elle soit assurée de ce qui lui a été promis pour y renoncer. » Ainsi donc le sort d'une clause de forfait par rapport à l'Edit des secondes noces dépendrait des « circonstances par lesquelles on peut reconnaître si le père qui se remarie, l'a faite dans le *dessein* d'avantager sa seconde femme, ce que l'on ne présumera pas s'il a fait ce que tout autre aurait fait en pareil cas ».

7. — Pothier.

Pothier (12) ne nie pas que le forfait soit un contrat aléatoire plutôt qu'un avantage proprement dit et qu'on ne doive tenir compte à la femme du risque qu'elle court, mais il craint que les solutions données par Ferrières et Le Brun ne permettent d'avantager une seconde femme en fraude de l'Edit en

(10) Le Brun, *Traité des successions*, livre 2, chapitre 6 section 1, distinction 4.

(11) Ferrières, *Corps et compilation de la coutume de Paris*, article 79, glose 2, § 3.

(12) Pothier, *Traité des contrats de mariage*, 7^e partie, chapitre 2, n° 556.

fixant le forfait à une somme trop forte. Et si, dit-il, on laisse à l'arbitrage de juge l'appréciation de la vraisemblance du forfait, « ce serait donner lieu à des procès ». La chose est vraie, mais on ne peut sous ce prétexte (qui doit inspirer le législateur plus que le juge) abandonner la première solution conforme à l'équité et à la lettre du droit.

8. — Interprétation d'une clause douteuse en faveur du survivant.

La « faveur » des conventions matrimoniales ne manquait pas de se manifester dans les décisions de jurisprudence. Un nommé Soyer ayant stipulé dans son contrat de mariage que « dans le cas où la future épouse viendrait à décéder la première sans enfants, ses héritiers collatéraux auraient la liberté de demander au futur époux pour tous droits dans sa succession mobilière et conquêts de communautés s'il en est fait la somme de 6.000 livres ; ladite future interdisant à ses héritiers collatéraux toute action de partage de communauté contre ledit futur époux lesquels auront seulement le droit de requérir dudit futur ladite somme de 6.000 livres ».

La femme étant morte, les héritiers demandèrent le partage de la communauté ; en appel, la Cour d'appel d'Orléans lui donna gain de cause « attendu que ces termes « liberté de demander », stipulés par la femme au profit de ses héritiers « exprimant une faculté et un choix dont ils ont le droit incontestable de faire usage ».

Cette décision fut déférée à la Cour de Cassation et celle-ci, par arrêt du 30 Prairial An XIII, invoquant l'article 1134 du Code Civil la cassa « considérant que dans l'espèce il a été stipulé un véritable forfait de communauté avec interdiction aux héritiers collatéraux de toute action en partage ; que cette clause d'interdiction si formellement exprimée serait sans objet et est inconciliable avec la liberté d'opter entre le partage et le forfait convenu... » (13).

La question, malgré les motifs de la Cour de Cassation, peut

(13) Merlin, *Répertoire de jurisprudence*. V^o communauté, § 4, n^o 7. Cet arrêt fut rendu très peu de temps après la promulgation du Code Civil, en interprétation d'un acte passé sous l'empire de l'Ancien Droit. Il figure dans un recueil à peu près exclusivement consacré à cet ancien droit, c'est pourquoi j'ai cru devoir le faire figurer dans ce chapitre.

paraître douteuse, mais il paraît certain que la Cour ayant à décider entre l'époux survivant et les héritiers du prédécédé au sujet de biens acquis en communauté par les conjoints, cette situation ne fut pas sans influence sur la décision rendue (14).

(14) C'est toujours avec faveur pour le survivant que les Parlements de l'Ancien Droit examinaient les litiges entre lui et les héritiers du prédécédé.

Le 1^{er} mai 1625 la Grand'Chambre du Parlement de Paris, séant le Premier Président de Verdun, ouï l'Avocat général Servin en ses conclusions, se prononça pour Jean Duret contre les héritiers de sa femme ; il s'agissait de l'interprétation et de l'exécution d'une clause de contrat de mariage et les héritiers avançaient des arguments non dénués de valeur (Du Fresne, *Journal des audiences*, tome I, chapitre 45).

CHAPITRE V

DU PRÉCIPUT

§ 1. — DÉFINITION ET GÉNÉRALITÉS

1. — Définition. Préciput légal et préciput conventionnel.

L'ancien droit connaissait deux sortes de préciput, le préciput légal et le préciput conventionnel.

L'un et l'autre portaient en principe sur les biens de la communauté. « On appelle préciput, disait Pothier, en matière de « communauté, ce que le *survivant* a le droit de prélever sur « les biens de la communauté lors du partage qui en est à « faire. » (1)

Le préciput légal était attribué au survivant des conjoints par la coutume. Un grand nombre de coutumes l'attribuaient au conjoint noble survivant ; quelques-unes l'accordaient au conjoint survivant non noble. Il constituait somme toute au profit du survivant un véritable droit successoral.

Le préciput conventionnel était attribué en vertu d'une stipulation du contrat de mariage. Seul il rentre dans le cadre de cette étude : dérogation extrêmement fréquente au partage par moitié, avantage prévu par les parties sur les biens communs était-il considéré comme une convention de mariage ou comme un acte à titre gratuit ?

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, 1^{re} partie, chapitre 3, article 7, § 1.

2. — Stipulation ancienne et très fréquente.

Le préciput conventionnel était une stipulation extrêmement ancienne (2) et extrêmement fréquente.

En Bourgogne, par exemple, il existait dès la seconde moitié du xv^e siècle sous sa forme définitive (3); dans la dernière période de l'ancien droit, « on pouvait dire que l'usage l'avait en « quelque façon rendu coutumier, n'y ayant presque pas au-
« jourd'hui de contrat de mariage dans lequel il n'en soit con-
« venu » (4). Malgré cette fréquence le préciput n'était point dû dans le silence du contrat de mariage étant uniquement fondé sur la *convention* des parties (5).

3. — Consistance du préciput.

Le préciput pouvait, comme aujourd'hui, consister en meubles ou en argent (5). On stipulait que le futur époux aurait au cas de survie par préciput dans les biens de la communauté « ses habits et linges à son usage ; et ses armes et chevaux si
« c'est un homme de guerre ou ses livres si c'est un homme de
« lettres ou ses outils si c'est un artisan. A l'égard de la femme
« on stipule pareillement en cas de survie que la future épouse
« aura ses habits, bagues et bijoux » (6). On pouvait stipuler que le futur époux prendrait tels meubles désignés ou telle catégorie de meubles sans limitation de valeur, ou qu'il prendrait

(2) Il semble que de tout temps on ait connu le prélèvement par l'époux survivant des objets à son usage personnel : bagues et bijoux, hardes pour la femme, équipements, harnachements, armes pour le mari. Ces prélèvements se comprenaient parfaitement avant le régime de communauté : c'est à dater de celui-ci qu'une nouvelle théorie est nécessaire pour expliquer le prélèvement de ce qui d'après les règles du nouveau régime devrait se partager.

Pour ce qui concerne l'ancienneté de ces prélèvements du survivant voir : Beaumanoir, chapitre 13, n° 21 ; Bouteiller, *Somme rurale*, titre 45, page 561, *Anciennes coutumes de Picardie*, page 110.

(3) Bouhier, *Œuvres*, tome I, chapitre XIII. « Le plus ancien acte de cette « province où j'aie remarqué qu'on en ait fait mention est de l'année 1454. « Il portait que la future épouse sera jouellée jusqu'à la somme de... »

(4) Ricard, *Traité des donations*, 3^e partie, chapitre 9, glose 5. Voir aussi *Le parfait notaire* de Ferrières, chapitre 18, et Boucher d'Argis, *Traité des gains nuptiaux*, chapitre 1^{er}.

« Dans presque tous les contrats de mariage où les conjoints établissent « entre eux la communauté de biens, il est d'usage de stipuler en faveur du « survivant un préciput. »

Pothier, *Traité de la communauté*, loc. cit.

(5) Ferrières, *ibid.*, chapitre 13.

(6) Pothier, loc. cit.

jusqu'à telle valeur des meubles de son choix (7). Les futurs époux stipulaient parfois que le préciput n'aurait lieu qu'au cas qu'il n'y aurait point d'enfants ou que dans ce cas il serait plus important (8).

4. — Formules.

Les formules employées étaient les suivantes : « Le survivant des futurs époux prendra par préciput des biens meubles de la communauté suivant la prisee de l'inventaire qui en sera faite et sans crue jusqu'à la somme de 500 livres ou ladite somme en deniers comptants au choix du survivant. » (9)

5. — Formule parfois stipulée au profit de la femme.

Parfois, principalement dans les Contrats de mariage des personnes de qualité, on stipulait « que la future épouse arrivant le décès du futur époux aura son habitation sa vie durant dans l'un des châteaux ou maisons, cour appartenant au futur, pendant tout le temps qu'elle restera en viduité » (3). La réciprocité, en effet, n'est pas essentielle à la clause de préciput : il n'a d'autre fondement que la *volonté* des parties et peut n'être stipulé qu'au profit d'une seule d'entre elles (10).

A regarder d'ailleurs la nature profonde du préciput, on voit qu'un préciput même stipulé réciproque ne l'est pas complètement : il est évidemment incertain sur lequel des deux conjoints il doit tomber, mais si le mari survit et que la communauté ne puisse fournir le préciput, celui-ci est perdu ne pouvant être pris sur les propres de la femme ; au contraire, il a pu être stipulé qu'au cas où la communauté ne serait pas avantageuse la femme renonçante à la communauté pourrait prendre le préciput sur les propres de son mari qui lui en répondent alors aussi bien que de ses autres conventions matrimoniales (10).

6. — Convention fort avantageuse pour le survivant.

C'est une convention fort avantageuse pour le survivant, il se prend en effet hors part et sans confusion de ce qui doit lui revenir des biens de la communauté, il n'est pas chargé de det-

(7) Pothier, *loc. cit.*

(8) Ferrières, *loc. cit.*

(9) Ferrières, *ibid.*, chapitre 18.

tes, avant l'acquittement desquelles il doit être prélevé (10). Il a généralement été réglé eu égard et à proportion de ce que les futurs époux apportaient en mariage, mais il n'importe que les biens de l'un soient plus considérables que ceux de l'autre et celui des conjoints qui n'aurait rien apporté ne laisserait pas de prendre le préciput s'il en avait été stipulé un.

7. — Avantages de survie voisins du préciput employés dans certaines provinces.

L'ancien droit connaissait une grande diversité de lois et de coutumes sur les avantages donnés en faveur du mariage, indépendamment de la survie ou du prédécès des conjoints ; les conditions en étaient presque partout différentes, il y avait des coutumes qui les ignoraient. Il n'en était pas de même des avantages accordés pour le cas de survie. « Ces sortes d'avantages paraissent fondés sur un *vœu commun* de toutes les lois et quoique les différentes lois et coutumes de chaque pays soient contraires dans leurs dispositions sur la plupart des matières, elles semblent néanmoins se réunir en ce point qu'elles ont presque toutes pour objet d'accorder au survivant des conjoints quelques avantages sur les biens du prédécédé et surtout d'assurer à la femme lorsque c'est elle qui survit, une *subsistance honorable* sur les biens de son mari. » (11)

De fait, on rencontre dans les provinces de droit écrit différentes institutions qui se rapprochent beaucoup du préciput conventionnel des pays coutumiers (Boucher d'Argis [11] en donne un tableau) parmi lesquelles je citerai les stipulations usitées en Provence en vertu desquelles le survivant avait un « droit de coffres, hardes, trousseaux et joyaux ».

On stipule aussi quelquefois « des équipages pour le survivant et même une certaine quantité de meubles pour l'usage de la femme en cas que ce soit elle qui survive ; ce que l'on appelle communément don de chambre garnie ou chambre tapissée ; ces sortes de stipulations ont surtout lieu en Provence, en Dauphiné et en Bresse » (12).

En Roussillon, un usage non écrit donnait à la femme sur-

(10) Ferrières, *ibid.*, chapitre 13.

(11) Boucher d'Argis, *Traité des gains nuptiaux*, chapitre 1^{er}.

(12) Boucher d'Argis, *loc. cit.*

vivante « la bague nuptiale et les habits usuels en égard à la « condition de son mari et à ce qui s'observe dans la famille » (13).

Dans plusieurs provinces de droit écrit outre l'augment de dot proprement dit, la femme a encore un autre augment moins considérable qu'on appelle bagues et joyaux et qui ressemble au préciput coutumier (14).

Un trait complétait la ressemblance des conventions usitées dans les pays de droit écrit avec le préciput : celui-ci est stipulé en faveur du survivant des époux ou de l'un d'eux s'il survit, sans que les héritiers en bénéficient, il en était de même pour les conventions dont il s'agit. Le Parlement de Grenoble jugeait que les héritiers de la femme au cas de prédécès de celle-ci ne bénéficiaient pas de la clause de bagues et joyaux stipulée par le mari en faveur de la femme. [Il était toutefois possible de convenir que la femme pourrait disposer desdits joyaux « soit qu'elle survive, soit qu'elle prédécède avant son « mari » (15)]. La Cour jugeait souvent en ce sens et interprétait les clauses de contrat de mariage de la façon la plus stricte quand le bénéfice de la clause était réclamé par les héritiers de la femme ; « ainsi fut jugé par les Chambres assemblées le « 20 décembre 1558 entre noble Alexandre de la Torrète, Pré-« sident en la Cour des Monnaies à Paris et Aimar Coct ».

Il s'agissait entre un mari et les héritiers de sa femme, d'interpréter une clause du contrat de mariage ainsi conçue : « ...suivant la bonne coutume de constituer et donner augment,

(13) Merlin, *Répertoire universel de jurisprudence*. V^o bague nuptiale.

(14) Merlin, *ibid.* V^o bagues et joyaux.

Le savant Président Bouhier fait remarquer (*Observations sur la coutume du Duché de Bourgogne*, chapitre 6, n^o 7) que l'expression bagues et joyaux ne constituait pas à l'origine un pléonasme. Les joyaux étaient bien ce que l'on appelait ainsi au XVII^e siècle comme aujourd'hui, mais le mot « bagues » signifiait toutes sortes de vêtements et de parures. Du Fresne du Cange (frère de Du Fresne l'auteur du *Journal des audiences*) dans son Glossaire montre que le bas-latin *baga*, *bauga* a donné naissance aux deux mots français bagues et bagages qui à l'origine avaient le même sens. C'est assez tard que « bagues » a pris le sens restreint qu'il a aujourd'hui.

(15) Expilly, *Plaidoyers*, chapitre 178.

La question fut plaidée devant le Parlement de Paris en ce qui concerne le préciput et par l'arrêt du 16 juin 1573 ; il fut jugé que si par contrat de mariage un préciput a été convenu en faveur du survivant, l'héritier du prédécédé ne peut se servir de telle convention parce qu'elle est restreinte à la personne du survivant. (Ferrières, *Nouveau commentaire sur la coutume de Paris*, article 229.)

« survie et joyaux a promis et promet constituer à ladite demoiselle Coct sa femme, épouse, à savoir d'augment et survie
« en contemplation et faveur dudit mariage et des enfants qui
« en naîtront, la somme de trois mille livres tournois et de
« joyaux la somme de cinq cents écus d'or sol. A la charge et
« condition que les dites trois mille livres d'augment suspro-
« mis demeureront aux enfants qui naîtront dudit futur ma-
« riage et quant aux joyaux, que ladite demoiselle Marguerite
« en pourra disposer et faire à son plaisir, tant à la vie qu'à la
« mort ».

La femme mourut sans enfants, avant son mari. Aimar Coct demandait quinze cents livres de bagues et joyaux acquis à sa fille et aux siens. Le mari répondait qu'il n'était tenu à les verser puisqu'il survivait et que les « bagues et joyaux doivent être entendus donnés à la femme en cas qu'elle survive ». La Cour, par l'arrêt précité, débouta Aimar Coct.

« De même fut jugé le 12 janvier 1576 entre Pierre d'Arminac et Jacques de Nenou... et encore le 15 mars 1624 entre Pierre Bartoli et Jeanne Tavel, mariés d'une part, et Louise et Edmond Jacquemin d'autre part. » (16)

§ 2. — DES BIENS SUR LESQUELS SE PREND LE PRECIPUT

8. — La question.

Le préciput conventionnel des pays coutumiers s'exécutait essentiellement sur les biens communs. Deux questions se posaient en conséquence à ce sujet : 1° La renonciation de la femme l'empêche-t-elle de prendre le préciput ?

2° Le préciput peut-il en cas d'insuffisance des biens communs se prendre sur les propres du mari ?

9. — Quid en cas de renonciation de la femme ?

Le préciput étant une suite de la communauté, la femme renonçante n'a pas le droit de le prendre puisqu'elle n'a plus aucun droit sur les biens de la communauté qui doivent le fournir. Il ne peut y avoir en effet de préciput que lorsqu'il y

(16) Expilly, *loc. cit.*

a communauté, ainsi le mari ne peut prendre de préciput quand les héritiers de la femme ont renoncé à la communauté (17).

De ce la Jurisprudence était absolument constante (18) dans tous les Parlements, mais une Jurisprudence non moins constante autorisait la femme à stipuler dans son contrat de mariage qu'elle prendrait le préciput même en cas de renonciation à la communauté (19).

10. — Si le préciput peut se compléter sur les biens du mari. Distinction.

Sur le point de savoir si en cas d'insuffisance des biens communs la femme pouvait prendre son préciput sur les biens propres du mari, l'Ancien Droit faisait une distinction suivant que la femme survivante acceptait ou refusait la communauté.

La femme survivante acceptant la communauté, si celle-ci est insuffisante pour payer ses dettes et charges, « ne peut prétendre son préciput sur les propres de son mari parce qu'il « a été en son pouvoir d'accepter la communauté ou d'y renoncer. L'ayant acceptée, son préciput y est attaché et il faut « nécessairement qu'elle le prenne sur icelle et ne le pouvant, « elle demeure sans recours. » Si au contraire la femme survivante a usé de la faculté de renonciation que lui offrait la coutume « il faut qu'elle soit payée de son préciput ou sur la « communauté si les effets sont suffisants, sinon sur les propres de son mari, maxime quand il y a la clause et convention expresse que renonçant à la communauté elle reprendra tout ce qu'elle a porté, ensemble son préciput » (20). Cette distinction était constamment appliquée et la Chambre

(17) Ferrières, *Le parfait notaire*, chapitre 13.

(18) Bouhier (*Œuvres*, tome I, chapitre 13) cite une série d'arrêts du Parlement de Bourgogne qui ont ainsi jugé « que la femme perd cet avantage en « renonçant à la communauté ». Ce sont les arrêts du 11 janvier 1549, 22 mars 1588 au rapport de M. Tixier ; 11 juillet 1590 au rapport de M. de Berbis ; 18 décembre 1593, 21 novembre 1637, 1^{er} juillet 1641, 4 juillet 1643, 14 août 1648 et 2 juillet 1653.

(19) Pour la Bourgogne voir Perrier, *Arrêts notables du Parlement de Dijon*, question 126.

(20) Conclusions de l'avocat général Talon en la Chambre de l'Edit du Parlement de Paris, dans l'affaire veuve Bournier contre l'héritier de la succession de Marcilly, dont il va être parlé. Ces conclusions sont rapportées par Bardet et Lalaure dans leur *Recueil des Arrêts du Parlement de Paris* (tome 2, livre 9, chapitre 4).

de l'Edit du Parlement de Paris fut appelée à juger les deux cas à un mois d'intervalle (21).

11. — Non si la femme a accepté la communauté. Arrêt de juin 1629.

Dans la première affaire en juin 1629, une veuve qui avait accepté la communauté réclamait le paiement de son préciput sur les biens propres de son mari, les effets de la communauté se trouvant insuffisants pour le payer. Il lui était répondu qu'ayant accepté « elle s'était contentée des effets d'icelle et « que sibi imputare debebat d'avoir choisi l'incertain et voulu « courir le risque et le hasard ». Elle fut déboutée.

12. — Oui si elle a renoncé à la communauté. Arrêt du 4 juillet 1629.

La seconde affaire était entre Anne Bournier et les héritiers de son mari. Le contrat de mariage passé entre elle et défunt Paul de Marcilly portait une stipulation aux termes de laquelle le survivant des conjoints aurait « par préciput et avantage « sur les biens de la communauté la somme de mille livres et « au cas que ladite Bournier renonce à la communauté, suivant « la coutume qu'elle aurait franchement et quittement tout ce « qu'elle aura apporté, ensemble son douaire et préciput ». Marcilly étant mort en 1628, sa veuve renonça à la communauté et assigna les héritiers devant le prévôt de Paris aux fins de lui restituer sa dot, payer son douaire et son préciput.

13. — Arguments des héritiers du mari.

Les héritiers se défendirent en disant que la demanderesse après renonciation à la communauté, ne pouvait plus prétendre aucun préciput ; d'ailleurs le préciput est un avantage à prendre sur la communauté et celle-ci se trouvait entièrement absorbée par la restitution de la dot. Le prévôt passa outre ces défenses et condamna les héritiers de Marcilly à payer à la veuve la somme de mille livres, à quoi se montait le préciput.

(21) Bardet et Lalaure, *loc. cit.*

(22) Il est cependant possible de stipuler dans les contrats de mariage que « les bagues et bijoux dont les maris font ordinairement présent à leurs « femmes se prendront sur les biens propres du mari ». Cette convention avait même fini par devenir de style en Bourgogne où l'on ne pouvait cependant suppléer à son absence. (Bouhier, *Observations sur la coutume du Duché de Bourgogne*, tome 1, chapitre 13, n° 6.)

M^e Desaguet soutint leur appel devant le Parlement. Le préciput, dit-il, n'est point une dette, mais un don et un avantage réciproque fait entre le mari et la femme sur les profits de leur communauté ; cette communauté ne se trouvant pas suffisante pour payer toutes les dettes et charges auxquelles elle est affectée, le préciput s'éteint et s'évanouit sans qu'il puisse être demandé sur les autres biens du mari. C'est un avantage à prendre sur la communauté *taxative* qui ne le peut pas supporter absorbée par d'autres charges ; aussi la perte en est à celui auquel il est dû. Le droit romain disait : si quis legaverit rem ita, si mortis ejus tempore erit, nec tunc ejus invenitur, nec aestimatio ejus legari videbitur. Le préciput est de même un prélegs sur la communauté en tant qu'elle le peut porter sinon nec aestimatio ejus debetur. Le préciput étant un don et un avantage égal et réciproque entre le mari et la femme, il ne faut pas le rendre inégal et avantageux pour la femme contre le mari, lequel ne pouvant renoncer à la communauté serait absolument privé de son préciput si la communauté ne pouvait le payer après les autres dettes et au contraire la femme pouvant renoncer à la communauté aurait toujours cet avantage et assurance en renonçant, d'avoir encore son préciput. Ce serait un avantage indirect réprouvé par la coutume. L'avocat des appelants terminait en rappelant l'arrêt rendu le mois précédent par la même Chambre.

14. — Arguments de la femme.

Plus brièvement, M^e Le Nois concluait pour l'intimée que le préciput n'est point un prélegs se révoquant facilement par la volonté du testateur. Le préciput est une véritable convention matrimoniale de laquelle la femme ne pouvant être payée sur les biens de la communauté qui n'est pas suffisante, elle peut se prendre sur les propres du mari.

Le 4 juillet 1629 la Cour sous la présidence de M. de Bellièvre rendit sur les conclusions conformes de l'avocat général Talon un arrêt confirmatif (favorable à la veuve).

15. — Nécessité d'une stipulation expresse. Arrêt du 21 mai 1640.

Mais conformément aux principes exposés au début de ce paragraphe, une clause comme celle du contrat de mariage Marcilly-Bournier (la femme renonçante prendra son préciput)

ne peut se suppléer. Certaines clauses de style peuvent se suppléer, mais non celles qui sont exorbitantes du droit commun et c'est le cas pour la clause en question : ceci fut jugé par le Parlement de Paris le 21 mai 1640, sur appel de Provins sur les conclusions conformes du même avocat général Talon (23).

Le 12 mai 1702, la Grand'Chambre du Parlement de Paris, sur les conclusions de l'avocat général Omer Joly de Fleury, jugea « la femme qui renonce reprend son préciput s'il y a « clause de reprise, mais elle ne reprend pas ses bagues et « joyaux si elle n'a pas stipulé expressément qu'elle les re- « prendrait » (24).

L'avocat général avait dit que « quoique les contrats de mariage soient susceptibles de toutes sortes de clauses on n'a « pas de liberté d'en étendre les conventions par des interpré- « tations forcées ». Et il proposait spécialement de restreindre l'interprétation quand il s'agit de ces clauses « qui ne regardent « que les intérêts de la femme » et qu'il opposait à celles « qui « sont pour assurer les biens dans les familles, la conservation « du nom » et méritent la faveur.

16. — Mêmes solutions en Bourgogne.

La jurisprudence était analogue en province ; c'est ainsi par exemple que le Parlement de Bourgogne jugea qu'une femme « peut renoncer à une communauté qu'elle aurait accepté « si elle avait été utile et par la renonciation se libérer des « dettes et en rejeter le poids sur son mari ; mais on peut sti- « puler qu'en renonçant elle prendra les prélèvement qui ne « se font ordinairement que sur la communauté, comme sont « la chambre garnie et autres préciputs nuptiaux » (25).

Le 26 mai 1663, à la demande de praticiens étrangers au ressort, le greffier de ce Parlement de Dijon délivra avec l'autorisation de la Cour un certificat aux termes duquel « l'usage « est telle en Bourgogne qu'après le décès du mari la dot de « la femme se rétablit sur les effets de la communauté... les- « quels rétablissements faits la femme s'il reste de quoi « partager prend ses bagues et joyaux, son carosse, sa cham- « bre garnie, ses conventions matrimoniales et si la commu- « nauté ne se trouve utile, lesdits préciputs ne se prennent sur

(23) Bardet et Lalaure, *ibid.*, tome 2, livre 9, chapitre 4.

(24) *Journal des audiences*, tome 5, par Nicolas Nupied, livre 2, chapitre 24.

(25) Perrier, *Arrêts notables du Parlement de Dijon*, question 126.

« les anciens du mari, à la réserve du douaire lequel se prend
« toujours sur les propres du mari, sinon que par le contrat
« de mariage il en soit autrement stipulé » (26). Ceci fut con-
firmé dans une enquête par turbe du 24 décembre 1663.

§ 3. — SI LE PRÉCIPUT EST SOUMIS A L'EDIT DES SECONDES NOCES

17. — Arrêt du 11 août 1637 : la réciprocité donne au préciput un caractère onéreux.

En ce qui concerne le premier chef de l'Edit des secondes noces, l'unanimité de la jurisprudence et de la doctrine était presque complète pour l'appliquer au préciput et aux clauses analogues.

Je n'ai relevé qu'un arrêt ayant refusé d'appliquer l'Edit. Il s'agit d'un arrêt du Parlement de Paris jugeant en la coutume d'Angoulême sur appel d'une décision du sénéchal.

M^e Hilaire se présentait pour les frères David, appelants, qui avaient été condamnés à payer 1.000 livres à Catherine l'Evescot, intimée, à titre de préciput à elle promis par Jean David, du premier lit duquel ils étaient issus. Ils demandaient la réduction du préciput dont la somme était notable, à la proportion fixée par l'Edit des secondes noces, qui s'applique à tous les donations et avantages.

M^e Bataille, pour l'intimée, répondit que le préciput est un don mutuel et réciproque entre le mari et la femme qui n'est pas proprement une donation. Il échappe, dit-il, à l'insinuation et doit par conséquent échapper à l'Edit.

La Cour par arrêt du 11 août 1637 confirma la décision entreprise (27).

18. — Arrêt du 10 juillet 1656 (affaire Poittevin) : le préciput est réductible.

Quelques années plus tard, le Parlement revint sur cette jurisprudence dans un arrêt rendu le 10 juillet 1656 et dont

(26) Perrier, *ibid.*, Additions, question 53, n^o 12.

Bouhier, *loc. cit.*, chapitre 13, § 15.

(27) Bardet et Lalaure *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, tome 2, livre 6, chapitre 28.

les faits ont été déjà exposés (affaire Poittevin, chapitre II, n° 16). Le préciput accordé par le sieur Poittevin à sa seconde femme fut réduit « à telles part et portion des biens du sieur » Poittevin que la part du moins prenant des enfants » (28).

19. — Même jurisprudence en province. Bourgogne.

Les Parlements de province jugeaient tous le préciput et les conventions analogues être soumis à l'Edit.

En Bourgogne, le 12 juin 1612 (29), le Parlement réduisit à la légitime d'une enfant les avantages faits à une seconde femme tant par contrat de mariage (au nombre desquels se trouvait une clause de bagues et bijoux) que par testament.

A Bordeaux également les clauses de bagues et bijoux étaient soumises à l'Edit (30).

20. — La doctrine : Ricard approuve la Jurisprudence.

La doctrine approuvait cette jurisprudence. De façon générale, dit Ricard, les avantages laissés à l'un des conjoints par le prédécédé en vertu de la coutume, ne sont pas sujets à l'Edit mais pour « ce qui regarde le préciput quoi que l'on puisse » dire que l'usage l'ait en quelque façon rendu coutumier... », néanmoins comme il n'appartient pas de plein droit et en vertu de la coutume au survivant, mais que c'est un effet de stipulation... on ne peut pas s'empêcher de le comprendre au rang des avantages sujets au retranchement ou à la réserve de l'Edit (31).

21. — Le préciput est également soumis au deuxième chef de l'Edit : affaire Poittevin.

Le second chef de l'Edit ne s'appliquait pas moins aux biens qui avaient fait l'objet du préciput lors de l'exécution de celui-ci.

(28) Dumoulin, *Commentaire sur la coutume de Paris*. Nouvelle édition par Fortin, sur l'article 279.

(29) Bouvot, *Nouveau recueil des arrêts de Bourgogne*, tome 1, 1^{re} partie. V^o donation, question 3.

(30) Lapeyrère, *Décisions sommaires du Palais*, lettre N, n° 15.

(31) Le Brun, *Traité de la communauté* 3^e partie, chapitre 2, section 1, distinction 4.

Ricard, *Traité des donations*, 3^e partie, chapitre 9, glose 5.

Pothier, *Traité du contrat de mariage*, 7^e partie, chapitre 2.

Ricard signale qu'au cas où la femme survivante accepte la communauté, la réduction prévue par l'Edit n'a lieu que pour la moitié du préciput.

Au Parlement de Paris la chose fut jugée dans l'arrêt Poittevin « ce que le défunt sieur Poittevin avait profité sur les « biens de dame Marie Zochaly sa première femme à cause « du préciput à lui accordé par son premier mariage » serait partagé entre les enfants du premier lit seulement et n'entretrait pas dans la masse des biens.

En pays coutumier « tout ce qui vient de la convention « comme la chambre garnie et autres préciputs ou prélèvements quoique réciproques, sur la communauté est sujet au « second chef de l'Edit ».

Le 21 juillet 1632 (32), le Parlement de Dijon rendit un arrêt par lequel une veuve remariée « fut condamnée de réserver « à ses enfants du premier lit les bagues et bijoux que son « premier mari lui avaient donnés et les autres préciputs qu'il « lui avait faits par son contrat de mariage » (33).

Ces règles ne s'appliquaient qu'au préciput conventionnel; aux termes d'une jurisprudence constante constatée par l'unanimité de la doctrine, les préciputs légaux établis par certaines coutumes n'étaient pas soumis à la réduction de l'Edit des secondes nocés. On en donnait comme raison qu'au premier cas le titre du survivant est uniquement la libéralité du prédécédé, a lieu qu'au second cas il n'y a rien du fait de l'homme et le survivant n'est redevable qu'à la loi des meubles dont il profite.

(32) Brillon, *Dictionnaire de jurisprudence*, V^o nocés (secondes).

(33) Les Parlements appliquaient parfois avec une grande rigueur l'Edit des secondes nocés, allant jusqu'à des décisions dont leur équité aurait pu garder les parties. Il en est ainsi d'un arrêt rendu le 15 juillet 1702 par la 2^e Chambre des enquêtes du Parlement de Paris (Augeard, *Arrêts notables des différents tribunaux du royaume*, tome I, chapitre 207). Il s'agissait de juger « à qui appartient le retranchement de l'augment et des bagues et bijoux « d'une seconde femme ». Le sieur David de Foucrailles, trésorier de France à Lyon, était resté veuf avec une fille prénommée Claudine. Il se remaria avec Françoise Perrette dont il eut une fille Catherine. Au contrat de ce second mariage il était stipulé 30.000 livres d'augment et 5.000 livres pour les bagues et bijoux de Françoise Perrette. Après la mort de David de Foucrailles, les prélèvements de 35.000 livres opérés, il ne reste aux deux filles que 26.396 livres (13.198 livres pour chacune). La fille du premier lit demande la réduction des 35.000 livres d'augment, bagues et bijoux au taux de 13.198 livres et que les 21.802 livres de surplus lui soient adjugées à elle seule, sans que la seconde femme qui ne devait avoir qu'autant qu'il appartenait à chacune des deux filles en qualité d'héritières, y put rien prétendre. Le bailli de Macon fit droit à la demande. En cause d'appel la femme offrit d'abandonner les 35.000 livres pour grossir la succession et être partagées également entre les deux filles : nonobstant ces offres, après rapport de M. de Fortia, la Cour rendit un arrêt confirmatif.

§ 4. — SI LA CLAUSE DU PRÉCIPUT
SOUMISE AUX FORMALITÉS DE L'INSINUATION

22. — Opinion de Coquille : le préciput est un titre gratuit.

« Les pactions en traité de mariage qui sont pour la restitution de la dot et suretés d'icelles sont vraies onéreuses. Mais
« les avantages que l'on met pour gagner par la femme les
« paris en cas de restitution de dot et renonciation à la communauté et les préciputs d'habits et joyaux pour le survivant sont selon mon avis avantages et donations, qui partant désirent insinuation et sont sujets aux mêmes formalités et règles que sont les pures donations, sans les dire pactions accessoires. Mêmement quant aux bagues et habits
« autres que les ordinaires, car la femme veuve, par raison
« n'en a que faire, si ce n'est pour trouver un autre mari. Et
« ce n'est pas bienséant qu'elle en recouvre un aux dépens du
« défunt, ni qu'elle se pare pour plaire à autre qu'à son mari. » (34)

23. — L'opinion contraire prévaut. Pothier.

Cette opinion fondée sur de tels arguments resta personnelle à son auteur et la dispense d'insinuation dont jouit le préciput fut admise sans difficulté. Pothier résumait parfaitement la question en ces termes : « quoique la convention de préciput, « quelles que soient les choses ou les sommes dans lesquelles
« on la fait consister, renferme un avantage que celui des conjoints qui doit précéder fait au survivant et qu'il soit regardé comme tel à l'Edit des secondes noces, néanmoins elles est
« regardée plutôt comme une convention de mariage que com-

(34) Coquille, question 116.

Coquille citait à l'appui de son opinion ces deux vers latins :

Cui colar infelix aut cui placuisse laborem ?

Ille mei cultus unicus auctor abest.

Il faisait profession d'austérité et désirait une réforme des mœurs. Il combattait particulièrement les secondes noces qu'il considérait comme très fâcheuse manifestation d'intempérance.

« me une donation et en conséquence elle n'est pas sujette à la « formalité de l'insinuation » (35).

Cette opinion prévalait partout. A Bordeaux, la clause de bagues et bijoux était considérée comme convention de mariage échappant à l'insinuation. Un arrêt du 6 septembre 1696 rendu au rapport de M. de Lachabane dans la clause d'entre le sieur Moitié et la demoiselle Baron jugea même que la reconnaissance des bagues et bijoux faite par le mari et la femme dans le contrat de mariage avait hypothèque tout comme la dot du jour du contrat de mariage, quoique celui-ci n'eût pas été insinué (36).

24. — La nouvelle législation fiscale.

Cette quasi-unanimité fut rompue par la législation fiscale du premier tiers du dix-huitième siècle.

Plusieurs édits et déclarations étendirent le domaine de l'insinuation bursale en vue d'augmenter les ressources du trésor royal, mais une grande résistance se manifesta dans le pays et le Conseil du roi fut ainsi qu'on va le voir la seule juridiction à appliquer strictement et sans défaillance les nouvelles dispositions.

25. — Résistance en Bretagne.

Quoique les stipulations de bagues et bijoux fussent assujetties au droit d'insinuation, des contestations s'élevèrent en Bretagne où l'on soutint que les clauses de reprises de bagues et bijoux stipulées dans le contrat de mariage ne pouvaient ni ne devaient être réputées donations ni par conséquent être soumises à l'insinuation. Cette opinion se fondait sur ce motif que dans les pays de communauté ces stipulations ne peuvent être considérées comme donations ni avantages, parce que les époux

(35) Pothier, *Traité de la communauté*, 1^{re} partie, chapitre 3, article 7, § 2. Cette phrase a inspiré la rédaction de l'article 1516 du Code Civil : le préciput n'est point regardé comme un avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une convention de mariage. La rédaction du Code est, on le voit, plus condensée que son modèle. Cette concision a fait perdre de la clarté, a changé le sens général du discours et fait naître des difficultés d'interprétation (...n'est point regardée... formalités des donations) qui n'existaient point chez Pothier. Aussi n'hésite-t-on pas à dire que l'article 1516 n'est qu'une maladroite copie.

(36) Lapeyrère, *Décisions sommaires du Palais*, lettre N, n° 15, et V° bagues et bijoux.

sont maîtres de régler les conventions de leur société et d'en fixer inégalement le partage (37).

26. — Résistance à Bordeaux.

La résistance se manifesta de façon beaucoup plus énergique dans le ressort du Parlement de Bordeaux (il n'est pas inutile de rappeler que plusieurs coutumes du ressort, dont celle de la Saintonge, connaissaient la communauté comme régime de droit commun). Le 27 août 1760, le Parlement de Bordeaux, à la requête d'un certain nombre d'habitants de la Saintonge, sur les conclusions du Procureur Général, fit « défense aux con-
« trôleurs des actes de Saintes et à tous autres préposés com-
« mis à la perception des droits de contrôle et d'enregistrement
« d'exiger lesdits droits pour les clauses de reprises de bagues
« et bijoux, habits et autres ornements insérés dans les contrats
« de mariage et de percevoir d'autres droits que ceux nommé-
« ment portés par les édits et déclarations du roi ».

A la suite de cet arrêt, des sommes déjà perçues furent même restituées ; elles furent perçues à nouveau à la suite de la cassation de l'arrêt du Parlement de Bordeaux par le Conseil le 21 avril 1761 (38).

27. — Jurisprudence du conseil.

Le Conseil, depuis 1730, ne cessait d'interpréter les textes dans leur sens le plus fiscal.

Le 6 mai 1730, il décidait qu'il était dû droit d'insinuation pour la clause du contrat de mariage du Procureur Général du Parlement de Metz, par lequel il promettait à sa future pour bagues et bijoux une somme fixe dont elle pourrait disposer et qui à défaut de disposition passerait aux héritiers.

Le 6 mai 1732, à propos du contrat de mariage du marquis de Conrois, et le 28 avril 1736, à propos du contrat de mariage de François le Bon, le Conseil juge qu'il est dû droit d'insinuation pour les clauses de bagues et bijoux qui y sont contenues (38).

Un arrêt du Conseil du 1^{er} juillet 1738 (38) a jugé en infirmant une sentence de l'intendant de Tours que le droit d'insinuation était dû pour la clause de gain de nocés et de survie insérée

(37) Merlin, *Répertoire de jurisprudence*. V^o bagues et bijoux.

(38) Merlin, *loc. cit.*

dans le contrat de mariage du sieur de la Noue portant que, dans le cas où la femme renoncerait à la communauté, elle reprendrait sa dot, sa chambre garnie, ses linges, bijoux, carosse et tout ce qui se trouverait à l'usage et pour l'ornement de sa personne. Décision analogue pour une même clause le 1^{re} avril 1749 contre Pérrier de Bois Darcy, lieutenant général de Domfront (38).

CHAPITRE VI

DE DIFFÉRENTES CLAUSES EN FAVEUR DU SURVIVANT ET PORTANT SUR LES BIENS COMMUNS, SI ELLES SONT VALABLES SANS AVOIR ÉTÉ INSINUÉES

1. — « Tous les meubles au survivant ». Pas d'insinuation.

Un contrat de mariage portait « le survivant des deux conjoints aura tous les meubles sans être tenu aux dettes ». A la mort de la femme, procès entre Messire Claude de Malte et dame Suzanne de Halluin, veuve de Nicolas de Margival, pour savoir si cette clause est une donation sujette à l'insinuation, ou une simple convention de société.

Les héritiers de la femme combattaient la clause en affirmant qu'il s'agissait à n'en pas douter d'une donation puisqu'elle donnait les meubles et en séparait les dettes qui devaient de leur nature se déduire de ces meubles. La communauté en pays coutumier se règle par la loi de la coutume qui la donne par moitié à chacun des conjoints, la clause dont s'agit changeant cette société et ôtant aux héritiers ce qui devait leur revenir, opère au profit du survivant un avantage sujet à l'insinuation.

Le mari répondait que la coutume n'empêche pas de donner à la communauté telle convention que l'on veut ; la communauté peut se régler autant par la convention des parties que par la disposition de la loi. Une autre solution aboutirait à faire insinuer tous les contrats « qui serait contre la liberté publique. « Cette convention est d'autant plus favorable que chacun des conjoints pouvait y profiter, pendebat ex futuro et incerto eventu ».

Par arrêt du 1^{er} mai 1600 (1), la Grand'Chambre du Parlement de Paris déclara la clause exempte d'insinuations comme n'étant vraie donation mais *convention matrimoniale et de société*. Cette jurisprudence fut confirmée par un autre arrêt, du 18 mai 1608 qui eut à juger la même chose.

2. — Pas d'insinuation pour les clauses plus larges portant sur les biens communs. Arrêt du 22 février 1601.

Les contrats de mariage portaient quelquefois en faveur du survivant des clauses un peu plus larges que les précédentes et la question de l'insinuation ne manquait pas de se poser. Ainsi le contrat de mariage de la dame Jossine de Pisseleu avec Nicolas Deslions, sieur d'Espaux, contenait une convention aux termes de laquelle « les conjoints seraient communs en tous
« biens meubles qu'ils auraient lors et auraient après, conquêts
« immeubles qui seraient faits durant le mariage et que tous et
« chacuns desdits meubles appartiendraient au survivant des
« conjoints en pleine propriété et les conquêts qui se feraient
« pendant le mariage moitié en pleine propriété et moitié en
« usufruit ». Jossine de Pisseleu avait des enfants d'un premier lit : Charles le Vergeur, vicomte de Cramaille, et les « sieur et
« dame de Fleurigny », qui après sa mort s'opposèrent à l'exécution par Nicolas Deslions d'Espaux de la clause ci-dessus indiquée du contrat de mariage qui en outre contenait une donation de la femme au mari du tiers de ses propres et acquêts. L'affaire vint devant la Grand'Chambre du Parlement de Paris, le Premier Président Harlay séant. Les prétentions et défenses des parties furent exposées par Bouthilier, Constant et Chauvet, l'Avocat général Servin parlant au nom du Procureur général du roi.

3. — Arguments exposés.

On soutenait d'un côté que la clause était nulle parce que contenant une donation d'universalité de meubles qui est réputée immeuble et partant sujette à insinuation même pour les conquêts. Les enfants invoquèrent également « la faveur des
« enfants d'un premier lit ».

Le veuf tirait argument de l'article 281 de la coutume de Paris (voir chapitre VII) qui dit « on peut convenir » puis

(1) Louet et Brodeau, *Recueil d'aucuns notables arrêts*, lettre M, nombre 64.

« n'est réputé tel accord avantage entre lesdits conjoints » en parlant d'une convention absolument analogue à celle qui était arguée de nullité. La solution donnée par l'article 281 doit être maintenue quand la convention est insérée dans le contrat de mariage des parents aussi bien que quand elle est insérée dans le contrat de mariage des enfants communs. Pourquoi nommer donation une « paction » réciproque et insérée dans un contrat de mariage ? « *En vertu d'icelle les meubles semblent dès lors avoir été faits au survivant et acquis à son nom et profit sans autre donation ou disposition du prédécédé* ».

L'avocat général Servin conclut en faveur de Nicolas Deslions et fut suivi par la Cour qui le 22 février 1601 déclara que « la clause concernant les meubles et jouissance des acquêts serait exécutée selon la forme et teneur étant une paction et convention matrimoniale non sujette à une insinuation » (2).

4. — Arrêts rendus dans le même sens.

La même chose avait été jugée une première fois par arrêt du 26 mai 1587 « plaidans de Chezelles et Martin » et une seconde fois par arrêt de la quatrième Chambre des Enquêtes au rapport de M. Huault, au profit de Jeanne de Fourcroy, veuve de Jacques Perdrier, aux dépens des héritiers de celui-ci (3).

5. — Autre clause échappant à l'insinuation.

Le Parlement eut également à juger s'il y avait lieu à insinuation dans l'espèce suivante : une femme se mariant avec un homme qui avait des enfants d'un premier lit stipule l'emploi de partie des deniers qu'elle porte en mariage et il est en outre

(2) Louet et Brodeau, *ibid.*

Servin, *Actions notables et plaidoyers*, tome 2, chapitre 60. Voyez chapitre 1, n° 13.

(3) Les « sociétés » étaient de façon générale considérées comme un « mode » spécial.

Les articles 337 et suivants de la coutume d'Anjou défendaient entre roturiers de faire la condition d'un de ses enfants ou héritiers présomptifs meilleure que celle d'un autre que ce soit par « donation, transport ou quelque contrat ». Le Parlement eut un jour à juger si « une société contractée entre deux sœurs avec cette paction et convention que la survivante d'entre elles jouirait de tous les meubles acquêts et conquêts en propriété » était valable en cette coutume d'Anjou ou si elle tombait sous la prohibition des articles 337 sq. Il fut jugé (solution approuvée par Choppin) que « la coutume ne s'entend pas d'une société où il y a mutualité propter considerationem mutui commodi et incertitudinem eventus » — arrêt confirmatif de la sentence des

convenu que s'il n'est pas fait lors de la dissolution du mariage la femme prendra pareille somme sur la part du mari ou la communauté. Après la mort du mari, ses héritiers voulurent empêcher l'exécution de la clause disant notamment qu'il y avait avantage indirect fait au profit de la femme en ce que la part du mari supportait seule et entièrement ce qui devait être supporté par la masse et qu'en tout cas c'était une donation qui devait être insinuée.

La femme répondit qu'il ne fallait voir là qu'une convention de mariage, *lex dicta societati*, non sujette à insinuation. La deuxième Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Ricouard, après avoir consulté les autres Chambres donna gain de cause à la femme par son arrêt du 26 avril 1589 (4). Une telle décision ne cadre pas avec la jurisprudence générale du Parlement en matière de secondes noces. Louet et Brodeau font remarquer avec raison que la solution eût sans doute été différente si les enfants du premier lit avaient invoqué l'Edit des secondes noces et disent avoir appris que plusieurs arrêts ont donné des décisions contraires à celle de 1589.

6. — Réciprocité d'une clause et dispense d'insinuation.

La dispense d'insinuation en effet était fondée par la jurisprudence sur la réciprocité des clauses envisagées : il en avait été ainsi notamment dans l'arrêt rendu le 14 février 1595 par la cinquième Chambre des Enquêtes au rapport de M. Faye et dans celui de la Grand'Chambre du 8 juillet 1599 (5). Un arrêt du mois de mars 1582 (6) avait jugé valable quoique n'ayant pas été insinuée une « convention portant communauté de biens » et que le survivant aurait tous les conquêts ».

7. — Nécessité de l'insinuation s'il n'y a pas réciprocité.

Si la convention de mariage n'est pas réciproque, comme par exemple s'il est stipulé que la femme survivante prendra les

Présidiaux d'Angers prononcé le 5 mai 1611 par la Grand'Chambre, le Premier Président Verdun séant, après plaidoiries de Peleus et Manguin sur les conclusions de l'Avocat général Servin. Cependant la convention avait été nommée donation et insinuée comme telle, mais le Parlement ne s'arrêta pas à « l'écorce des paroles » (Louet et Brodeau, *loc. cit.*).

(4) Louet et Brodeau, *loc. cit.*

(5) Voir chapitre III, n° 17.

(6) Bacquet, *Traité des droits de justice*, chapitre 21.

Ricard, *Traité des donations*, 1^{re} partie, chapitre 4, section 3, glose 1.
Charondas, *Réponses du droit français*, livre 8, chapitre 70.

meubles et acquêts, il y a lieu de soutenir que c'est une donation sujette à insinuation et cela a été jugé par la troisième Chambre des Enquêtes du Parlement de Paris au rapport de M. Larcher, par arrêt du 14 août 1573 « Ratier et Mainmont parties plaidantes » (7).

8. — La réciprocité ne dispense de l'insinuation que les clauses portant sur des biens communs. Arrêt du 17 décembre 1669.

Certains auteurs (8) prétendent que ces idées sont fausses, que pour exempter certaines clauses de l'insinuation le Parlement n'avait aucun égard à leur réciprocité et ils citent un arrêt du 17 décembre 1669 qui a déclaré nulle faute d'insinuation une clause de contrat de mariage portant « que le survivant aura les meubles à la charge de payer les dettes contractées pendant le mariage ». Mais cet arrêt n'ébranle en rien ceux qui viennent d'être cités et ne contredit nullement la théorie de la réciprocité : il y a en effet entre l'arrêt de 1669 et les autres une différence fondamentale, ceux-ci s'appliquent à des régimes de communauté, tandis que celui de 1669 s'applique à un cas où le mari et la femme n'étaient point en communauté (9).

9. — Circonstances sur lesquelles fut rendu cet arrêt.

L'arrêt prononcé par la quatrième Chambre des Enquêtes était confirmatif d'une sentence du baillage de Chaumont-en-Vexin, rendue entre Etienne Daubourg le demandeur, héritier de sa sœur Marie, au jour de son décès femme de Jean Gommont, défendeur puis appelant. Le contrat avait bien été insinué, mais l'insinuation étant pour une raison quelconque nulle, il s'agissait de savoir si la clause pouvait subsister.

10. — Arguments exposés.

Pour le mari, on soutenait qu'il y avait là une convention matrimoniale échappant à l'insinuation et l'on invoquait les

(7) Louet et Brodeau, *loc. cit.* Bacquet, *loc. cit.* Ricard, *loc. cit.*

(8) Bacquet, *loc. cit.*

(9) Du Fresne, *Journal des audiences*, tome II par Jamet de la Guessière, livre VIII, chapitre 21.

Cf. Pothier, *Traité des donations*, section III, art. 5, § 2 : « Les dons mutuels de propres sont des libéralités, les dons mutuels d'acquêts de communauté ne sont que des conventions de mariage ».

arrêts cités au début de ce chapitre : qu'il y ait ou non communauté, les contractants ne se donnent ni plus ni moins dans un cas que dans l'autre.

« Quand il y a communauté, chacun des conjoints par ladite convention donne la part qu'il a en icelle ; quand il n'y en a « pas c'est la même chose parce qu'ils ne se donnent chacun « que ce qui serait entré en icelle par la coutume s'ils n'y eussent dérogé par leur contrat de mariage ; c'est un avantage « égal dans les deux cas et ce qui a été jugé dans l'un doit être « jugé dans l'autre et par conséquent que la communauté qui « était entre les parties au profit desquelles les arrêts ont été « rendus en pareille rencontre n'a point été le fondement de « leurs décisions, mais seulement la faveur de ces sortes de « conventions matrimoniales. »

Pour l'héritier de la femme on plaidait que les arrêts cités « n'ont jugé la question que pour les conventions faites touchant « la communauté pour les biens compris en icelle, mais que « quand ces sortes de donations et stipulations sont faites entre « conjoints qui n'ont point de communauté entre eux, l'insinuation est absolument nécessaire ».

Il n'y a donc aucune contradiction entre les arrêts cités ; pour que les clauses contenant des avantages entre époux échappent à l'insinuation, il faut et il suffit qu'elles soient réciproques.

11. — Cas particuliers.

Il a cependant été jugé depuis que la réciprocité ôtait le caractère gratuit et pouvait faire passer pour des titres onéreux certaines clauses portant sur les propres des époux, même si elles avaient été qualifiées donations.

Il en était ainsi dans l'affaire sur laquelle intervint l'arrêt du 8 août 1719 (10) en l'audience de la Grand'Chambre, l'Avocat général de Lamoignon ayant vu confirmer ses conclusions.

La clause du contrat de mariage portait donation « à la future et à ses hoirs de tous les biens du mari en cas de mort « sans enfant et la femme ne donnait que l'usufruit de ses biens « dans le même cas... Ce qui a fait la matière de cet arrêt a été « l'objet de l'attention de plusieurs de nos auteurs... ; il y a « assez d'arrêts qui ont confirmé de telles conventions même

(10) Du Fresne, *Journal des audiences*, tome 7, livre 2, chapitre 58.

« qualifiées donations, pour dire qu'elles peuvent subsister même sans insinuation ».

On se servit de ces considérations dans « l'espèce jugée par « arrêt de la cinquième Chambre des Enquêtes du 15 juin 1697 « rendu au rapport de M. Le Rebours qui a infirmé une sentence qui avait déclaré nulle une donation portée par contrat de mariage.... Elles ont aussi servi à faire valoir par arrêt « de la Cour des Aydes du 10 janvier 1735 un don de 30.000 livres... »

12. — Conciliation de plusieurs arrêts.

De ces trois derniers arrêts cités une seule doctrine certaine peut être dégagée : la réciprocité tend à imprimer un caractère onéreux aux clauses diverses qu'elle affecte. Par ailleurs le texte de l'arrêtiste est trop imprécis pour que les arrêts détruisent celui du 17 décembre 1669, il est au contraire naturel de chercher à concilier des arrêts rendus par le même Parlement. *La réciprocité a un rôle incontestable, mais elle est impuissante dans le cas où il n'y a pas de communauté entre époux, à défaut de celle-ci il n'y a pas de relations entre patrimoines des époux* (11).

13. — Il ne s'agit pas d'une réciprocité mathématique.

Un contrat de mariage portait que si le futur mari terminait la construction d'un bâtiment commencé sur un fonds propre

(11) Ces principes sont absolument certains. Degand (thèse, livre 2, chapitre 4, *De la liberté laissée aux futurs époux de modifier le partage égal*) cherche le fondement juridique des différentes clauses modificatives du partage égal et dit (n° 32) : « ...les futurs époux en établissant entre eux une communauté « sont aussi bien libres... d'en régler d'avance le partage que d'en déterminer « l'étendue. La convention par laquelle ils règlent ce partage est une condition de leur pacte social, *lex dicta societati*. Elle forme avec la convention « de communauté elle-même, dont elle dépend et dont elle emprunte la nature, « un tout invisible et inséparable. De là se dégage une conséquence importante : leur convention ne peut porter que sur les biens de la société conjugale, c'est-à-dire sur les biens communs, et elle ne peut affecter les propres « sans changer de nature et devenir une donation, une vente, un bail ou tout « autre contrat. En effet, au moment où par le fait du régime adopté, les biens « des époux entrent en la communauté, ces biens cessent de leur appartenir « privativement. Ils tombent dans la masse commune et s'y confondent. D'où « il suit que le survivant tient sa part de communauté de la *lex societatis* et « non du prémourant ; or, les propres sont exclus de la société conjugale et « ils sont, par la nature même des choses, en dehors du pacte qui règle le « partage de la communauté. »

à sa femme, il en jouirait sa vie durant « aussi que lui ni ses « futurs héritiers ne pourraient rien demander à sa future épouse « se ni à ses héritiers des impenses dudit bâtiment ».

Le mari étant prédécédé, ses héritiers, malgré la clause du contrat de mariage, demandèrent les impenses à la veuve, soutenant que la clause contenait une donation, parfaite en temps prohibé, nulle de ce chef et nulle en ce qu'elle n'avait pas été insinuée. Les héritiers, déboutés en première instance vinrent devant le Parlement où la veuve leur répondit que la clause litigieuse était une convention matrimoniale, dont l'exécution était différée mais parfaite consensu partium et non sujette à insinuation : le mot de réciprocité ne figure pas mais la défense était bien celle-là.

Par arrêt du 17 avril 1595 la Cour accorda à la veuve « l'entretenement » de la clause attaquée. « Et sic judicatum, dit « l'arrêtiste, quod pactum societati appositum inter futuros conjuges n'est sujet à insinuation ».

CHAPITRE VII

DE LA MESURE DANS LAQUELLE IL PEUT Y AVOIR LIEU A PAIEMENT DE DROITS DE MUTATION ENTRE ÉPOUX

1. — Pas de lods et ventes en cas d'adjudication à la femme d'un immeuble de la communauté. Arrêts du 11 janvier 1607 et du 19 août 1643 (en la coutume de Paris).

Le 11 janvier 1607, la Grand'Chambre du Parlement de Paris. M. le Premier Président de Harlay séant, rendait un arrêt aux termes duquel « de licitation faite entre cohéritiers de la « ligne paternelle et la veuve commune d'héritages acquis par « le mari pendant et constant la communauté, ladite veuve s'en « étant rendu adjudiciaire, n'étaient dus aucuns lods et ventes « encore que par sentence tous étrangers eussent été reçus à « enchérir ».

« Le même a été jugé en la coutume de Paris sur l'interprétation dudit article 80 par arrêt de la Chambre de l'Edit du 19 « août 1643 » (1).

Il y avait là des décisions fort importantes au point de vue doctrinal : il s'agissait non pas tant de savoir si le conjoint survivant est ou non un héritier du prédécédé quant aux biens de la communauté, que de juger de la situation du survivant et particulièrement de la femme par rapport à ces biens communs.

(1) Louet et Brodeau, *Recueil d'aucuns notables arrêts*, lettre L, nombre 9. L'article 80 était ainsi conçu : « Si l'héritage ne se peut partir entre cohéritiers et se licite par justice sans fraude, ne sont dues aucunes ventes par « l'adjudication faite à l'un d'eux. Mais s'il est adjugé à un étranger l'acquéreur doit ventes. »

La question était en outre extrêmement importante en ce que
« l'article préallégué de la Coutume de Paris doit faire loi en
« toutes les autres coutumes qui ne disposent au contraire. »

La licitation en l'espèce avait été entre les enfants d'un premier lit, ceux d'un second lit et la veuve commune en biens.
« Cette veuve était notoirement étrangère tant à l'égard des
« enfants du premier lit que des biens paternels ». Une raison de douter était que les copartageants, copropriétaires et associés n'ont pas en matière de licitation le même privilège que les cohéritiers.

2. — Le contraire avait été jugé en la Coutume de Montargis. Arrêt du 9 janvier 1593.

La veuve se voyait opposer un arrêt du 9 janvier 1593 rendu en la coutume de Montargis ayant décidé « que si une maison
« qui était commune et de conquêt est licitée entre les héritiers
« d'un mari prédécédé et sa femme survivante au moyen de ce
« qu'elle ne se peut partir, encore que la maison soit adjudgée
« à la femme survivante ou à l'un des héritiers, l'adjudicataire
« sera tenu de payer les lods et ventes de son adjudication, déduction faite de la portion qu'il avait en l'héritage licité parce
« que la femme et les héritiers de son défunt mari n'étaient pas
« cohéritiers mais copropriétaires et copartageants ».

3. — Arguments de la femme.

La veuve répondait que la même nécessité qui introduit la licitation entre cohéritiers, se rencontre entre les héritiers du mari et la femme survivante, ergo idem jus statuendum. « Ce
« que l'on dit que la veuve est étrangère à l'égard des biens qui
« sont de la ligne paternelle ne doit pas être pris si cruement,
« ni si ponctuellement, car sans entrer en considération de ce
« que par le droit ancien *uxor erat inter suos heredes, erat ex familia mariti* et que par les constitutions des Empereurs en
« défaut d'héritiers la veuve succède à tous les biens de son
« mari à l'exclusion du seigneur haut justicier, ce qui donne
« manifestement à connaître qu'elle n'est pas purement étrangère à l'égard de tels biens..., tellement il est vrai de dire que
« *lorsqu'elle se rend adjudicataire par licitation, il n'y a point de mutation de personne, d'autant que le mari mort la veuve devient pleine maîtresse de la part de la communauté de laquelle elle ne pouvait auparavant disposer ; elle acquiert l'au-*

« tre moitié pour s'accomoder, acquisition qui est nécessaire :
« plena proprietas pietatis respectu, matri praestanda est ».

Ces raisons entraînèrent l'arrêt du 11 janvier 1607, contre ce qui avait été jugé en 1593 : les arrêts ne sont pas en complète contradiction puisqu'ils n'ont pas été rendus en la même coutume.

4. — Disposition en cette matière de la coutume de Vitry.

Une coutume, celle de Vitry, s'expliquait clairement sur ces questions et les deux arrêts des 11 janvier 1607 et 19 août 1643 donnaient la même solution que l'article 28 de cette coutume qui était ainsi conçu : « Aussi femme veuve ne doit avoir aucun relief, rachat ou autre profit des terres nobles acquises avec son mari, qu'elle a eues en partage contre les héritiers de son mari ». La raison en est, disait un commentateur (2) « qu'*au moyen de la communauté le mari et la femme sont réputés une même personne pour les conquêts et biens communs, dont le mari a seul la direction tant pour lui que pour sa femme...* » (3).

5. — Pas de lods et ventes quand la femme prend un conquêt en remploi de ses propres ou paiement de ses conventions. Arrêts.

Y aurait-il lieu de payer les droits seigneuriaux si la femme prenait des fiefs ou censives conquêts pour remplacer ses propres aliénés pendant la communauté ou en paiement de ses conventions matrimoniales ?

Le mardi 30 mars 1621 (4), la Grand'Chambre du Parlement de Paris jugea en la coutume de Bourbonnais, contre le seigneur du fief de Coquatrix que la demoiselle Anne Sauguin « ne lui devait aucuns droits de lods et ventes pour les héritages qui lui avaient été baillés par les héritiers du sieur Bourdinier son mari en paiement de ses conventions matrimoniales et

(2) Coutume de Vitry. Commentaire par Durand, article 28.

(3) Cette solution n'était pas isolée, seule de son espèce. L'article 27 de la coutume de Vitry déclarait : « *Le mari ne doit de son premier mariage aucun rachat relief ou autre profit au seigneur féodal pour raison des terres de la femme qui n'avait jamais été mariée. Et pareillement des terres qui pendant leur mariage adviennent à ladite femme.* » Durand justifiait en ces quelques mots : « *Il y a continuité de propriété et possession, il n'y a pas d'aliénation.* »

(4) Ricard, *La coutume de Paris*, article 80.

« qui avaient été acquis par le mari durant la communauté à « laquelle elle avait renoncé ».

Ricard (5) a fait lever sur les registres de la Cour en arrêt semblable rendu « en la même audience de la Grand'Chambre « du 28 mai 1641 au profit de la dame Barbe de Montalais ».

Le 4 juin 1619 (6), il avait été jugé que *la femme qui prend des immeubles de la communauté en remploi de ses propres aliénés ne doit point de lods et ventes.*

6. — Cas où les droits de lods et ventes sont dus. Arrêt du 16 mai 1672.

Si la femme prenait un immeuble de la communauté non en remploi de ses propres aliénés ou en paiement de ses conventions matrimoniales, mais en exécution d'une clause réciproque de son contrat de mariage stipulée en faveur du survivant, elle devrait les lods et ventes sur la moitié de la valeur de l'immeuble.

Cela fut jugé en la coutume de Chartres par arrêt rendu à l'audience du 16 mai 1672 (7) de la troisième Chambre des Enquêtes sur renvoi de la Grand'Chambre.

Le contrat de mariage dont était question stipulait « qu'en « cas qu'il n'y eut d'enfants dudit mariage, la communauté con- « tractée entre les futurs conjoints appartiendrait pour le tout « au survivant d'entre eux ». Pendant le mariage, le mari et la femme firent conjointement l'achat d'une terre en fief dont le mari porta la foi hommage au seigneur et paya le droit de relief dû en vertu de la coutume.

Après le décès du mari, sans enfants, la veuve demeura propriétaire du tout, moitié par droit de communauté, moitié en vertu de la clause du contrat de mariage. Le seigneur soutint que pour cette seconde moitié il y avait une mutation entraînant la perception d'un droit de relief puisque par le droit commun cette moitié appartenait au mari.

La veuve répondait que la stipulation portée par le contrat de mariage ne pouvait passer pour une donation et que c'était simplement *lex dicta societati* et qu'ainsi « il n'y avait point

(5) Ricard, *ibid.*

(6) Durand, *Coutume de Vitry*, loc. cit.

Louet et Brodeau, lettre L, nombre 9.

(7) Soefve, *Nouveau recueil de plusieurs questions notables*, tome 2, centurie 4, chapitre 74.

« de mutation par le prédécès du mari lequel ayant fait foi et
« hommage au seigneur de fief et payé droit de relief pour rai-
« son de l'acquisition par lui faite et par la demoiselle sa femme
« au nom de la communauté qui était entre eux. »

La veuve s'appuyait en outre sur l'article 23 de la Coutume de Chartres, par lequel une veuve ne doit point de profits de fiefs de la moitié qu'elle prend dans la communauté d'entre son mari et elle lorsqu'il a fait et payé ses droits et devoirs « dont on
« tirait cette conséquence que quand la communauté entière ap-
« partient à la femme en vertu de la clause de son contrat de
« mariage, elle ne doit point de relief au seigneur pour la part
« qui aurait pu appartenir à son mari... au fond il est à présu-
« mer que l'esprit de ladite coutume a été que tout ce qui appar-
« tiendrait à la femme à quelque titre que ce fût par la clause
« de son contrat de mariage, fût exempt de payer un second
« relief. »

Le procès était entre la demoiselle Bertrand, veuve de Louis Dubois et le seigneur de Montigny ; c'est ce dernier qui se vit adjuger ses conclusions.

7. — Les droits de mutation sont dus quand la femme prend un propre de son mari.

Les droits de mutation étaient naturellement dus lorsque la femme prenait un immeuble propre de son mari : peu importait alors que l'opération fut faite en paiement des conventions matrimoniales. Cela fut jugé dans les circonstances suivantes : la Chatellenie d'Aigrefeuille fut achetée par un sieur de Breuil durant son premier mariage : étant devenu veuf, il se remaria avec Gabrielle du Buisson et celle-ci veuve à son tour prit le château pour 25.000 livres dont 17.000 en paiement de ses conventions matrimoniales (1679). Il fut jugé le 12 mai 1722 (8) au Parlement de Paris (en la coutume de la Rochelle), entre Louis du Buisson, donataire de Gabrielle d'une part, et Roullin, seigneur de Chassenon d'autre part, que les droits de vente étaient dus par le premier au second pour l'opération réalisée par Gabrielle du Buisson.

Cette jurisprudence s'appuyait sur des principes fort anciens. Dumoulin avait écrit sur l'article 55 de l'ancienne coutume de

(8) Du Fresne, *Journal des audiences*, tome 5 par Nicolas Nupied, livre 5, chapitre 19.

Paris : « Venditionis loco habetur datio in solutum pro pecunia, « vel cessio aut datio pro juribus, ant rebus certis pro pecunia « aestimatis... » « Si heres unum ex fundis propriis defuncti det « viduae in solutum, nemo dubitat tanquam ex venditione jura « dominicalia deberi ».

La question fut examinée dans les réunions tenues chez le Premier Président Lamoignon et résolue dans les articles 15 et 16 des arrêtés. Article 15 : « Si en paiement des remplois et « reprises des conventions dues à la veuve ou à ses héritiers on « leur délaisse des propres du mari, les profits de fiefs et les « droits seigneuriaux seront payés comme au cas de vente ».

Article 16 : « *Il ne seront pas payés dans le cas du conquêt « donné en paiement* ».

8. — Pas de droit dans le cas de l'article 281 de la coutume de Paris.

Il fut enfin jugé qu'il n'y avait pas mutation et par suite qu'il n'y avait pas lieu à perception de droits (en l'occurrence c'était le droit de mi-centième denier) dans le cas prévu par l'article 281 de la coutume de Paris (9) : « Père et mère mariant leurs « enfants peuvent convenir que leurs dits enfants laisseront « *jouir le survivant* de leurs dits père et mère *des meubles et « conquêts du prédécédé, la vie durant du survivant, pourvu « qu'ils ne se remarient. Et n'est réputé tel accord avantage « entre les dits conjoints* » (10). Ainsi, la réalisation de la convention de jouir par le survivant de la part du prédécédé dans la communauté, ne réalisait point de mutation.

L'arrêt fut prononcé le 20 décembre 1740 par le Conseil d'Etat (11) à la requête de la veuve Croizat contre les fermes du domaine à qui il fut en outre fait défense pour l'avenir d'exiger le droit en pareil cas.

L'arrêtiste explique ainsi cet arrêt : « Cette convention n'a « de relations à aucun des actes énoncés dans l'Edit de décem- « bre 1703 et dans les déclarations des 19 juillet 1704 et 20 mars « 1708 et n'est ni une donation, ni un legs ; l'on n'y recon- « naît ni contrat de vente, ni échange, ni licitation, ni aucun des

(9) Charondas (*Réponses du droit français*, livre 8, question 7) justifiait ainsi l'article 281 : « Il est raisonnable que les conjoints jouissent durant leur « vie des biens qu'ils ont amassés par communauté de travail et industrie ».

(10) Cette tournure est passée mutatis mutandis dans le Code Civil.

(11) De la Combe, *Arrêts et règlements notables*, chapitre 84.

« autres actes dénommés dans ces différentes lois ; il n'y a ni
« transaction ni rétrocession de propriété ; *c'est une conven-*
« *tion ordinaire de mariage* qu'on n'a jamais manqué de sti-
« puler dans aucuns lorsque des père et mère vivants ont marié
« leurs enfants ». Cela c'est le droit, mais en fait il n'y avait
non plus aucune raison pour que le survivant payât un droit
quelconque et La Combe dit en très justes termes : « *Le survi-*
« *vant n'acquiert rien de nouveau et ne fait que continuer la*
« *jouissance qu'il avait conjointement et par moitié avec le*
« *prédécedé.* » Le survivant avait conjointement avec le pré-
décédé la jouissance de la communauté tout entière ; il avait
sur l'ensemble un droit indivis, après l'exécution d'une telle
clause il y a un changement pour sa part dont il devient pro-
priétaire, mais il n'y a pas de changement quant à la part du
prédécedé : la nature, ni l'assiette n'ont varié.

CHAPITRE VIII

SI LE DOUAIRE, L'AUGMENT ET LE CONTRE-AUGMENT SONT DES TITRES GRATUITS OU DES TITRES ONÉREUX

1. — Le douaire. Généralités.

« Le douaire est un avantage que fait le mari à sa femme par contrat de mariage pour en jouir après sa mort » (1).

Tous les auteurs qui ont écrit dans l'ancien droit sur le douaire cherchaient à lui trouver un fondement. On a cherché à lui trouver une paternité latine. Ferrières fut dans le vrai en écrivant : « cet avantage n'est pas fait à la femme par le mari » pour la récompenser... non plus que *ut habeat proemium defloratae virginitatis*... mais cet avantage est fait par le mari à la femme *afin que celle qui contracte mariage soit sûre d'avoir des aliments* sur les biens de son mari pour la récompenser des soins et des peines qu'elle prend pour son ménage, « pour élever ses enfants et pour la conservation des biens communs » (1).

2. — L'augment. Généralités.

Le douaire est essentiellement une institution des pays coutumiers. Les pays de droit écrit (2) pratiquaient l'augment qui ressemble beaucoup au douaire.

« L'augment est un gain nuptial accordé par le mari à sa

(1) Ferrières, *La science parfaite des notaires*, chapitre 13.

(2) Les pays où l'augment de dot était le plus en usage étaient : les Parlements de Toulouse, Bordeaux, Pau, Grenoble, les provinces de Lyonnais, Forez, Beaujolais Bugey, Gex, la partie non coutumière de l'Auvergne. La Bresse, le Mâconnais, la Provence ne connaissaient pas l'augment comme institution de droit commun ; il pouvait néanmoins être stipulé (Boucher d'Argis, *Traité des gains nuptiaux*, chapitre 2).

« femme (3). Galli in patria juris scripti vocant augmentum
« dotis et in patria consuetudinaria doarium ».

3. — Leur assiette.

Le douaire était fixé par la coutume sur les immeubles du mari (douaire coutumier), l'augment se réglait à proportion de la dot suivant une quotité variant d'ailleurs dans chaque coutume (augment coutumier). Le douaire et l'augment pouvaient l'un et l'autre être spécialement réglés par un article du contrat de mariage au taux qui plaisait aux parties: ils étaient alors appelés préfix ou conventionnel. L'un et l'autre étaient en principe des avantages viagers et en usufruit, mais on pouvait stipuler un douaire sans retour et un augment en propriété (4).

Le douaire et l'augment, qu'ils soient conventionnels ou coutumiers constituaient-ils des titres onéreux ou des titres gratuits ? La question sera successivement étudiée par rapport à l'insinuation, à la légitime et à l'édit des secondes noces (5).

(3) Furgole, *Donations*, tome 1. Observations sur l'article 30.

(4) Le douaire et l'augment, institutions très importantes et très anciennes, étaient assez complexes. Voici les ressemblances que l'on notait entre l'un et l'autre :

a) Avantages à la femme sur les biens du mari prédécédé ;

b) Sauf douaire sans retour ou augment conventionnel, il s'agit d'avantages sur des biens dont seul l'usufruit appartient à la femme, la propriété appartenant aux enfants ;

c) Les enfants n'y peuvent rien prétendre qu'après le décès de leurs père et mère ;

d) C'est un genre de biens qui advient aux enfants par le bénéfice de la loi quoiqu'ils ne soient héritiers ni du père ni de la mère ;

e) Ils sont acquis du jour du contrat ou à défaut du jour de la célébration ;

f) Les biens du mari sont affectés et engagés de telle sorte qu'ils ne peuvent être aliénés ni hypothéqués au préjudice des enfants ;

g) Les acquéreurs des biens du mari ne peuvent prescrire ni l'augment ni le douaire contre la femme et les enfants pendant le mariage ;

h) Les avantages sont dus de plein droit et sans stipulation même s'il n'y a pas de contrat de mariage et même dans le silence de celui-ci.

Ces nombreuses ressemblances permettent donc de comparer le douaire et l'augment et de les associer dans cette étude. On pouvait bien relever entre eux des différences, mais ces différences ne concernent pas l'objet du chapitre, elles sont dues à la réglementation des successions dans l'ancien droit : division des biens en paternels et maternels, qualité d'héritier, etc. (Merlin, *Questions de droit*. V^o augment).

(5) Ce qui sera dit de l'augment devra être étendu à l'agencement. Quelques différences séparent cependant les deux institutions ; c'est ainsi que par agencement on entend également la donation faite par la femme au mari et qu'ailleurs on appelle contre-augment. Néanmoins à Bordeaux où l'agencement était utilisé (le mot avait aussi été connu à Toulouse), on disait : « L'agencement

§ I. — LE DOUAIRE

4. — Pas d'insinuation pour le douaire coutumier. Quid pour le préfix ?

Le douaire coutumier échappait incontestablement à l'insinuation, mais quid du douaire préfix ? Lorsqu'il excède le coutumier, est-il sujet à insinuation et le considère-t-on comme donation ou bien reste-t-il convention matrimoniale non sujette à insinuation ?

Dans une première opinion, on exposait que dès que le mari constitue à la femme un douaire préfix excédant le douaire coutumier il y a un avantage pour celle-ci, donc une donation et que par suite, l'insinuation doit être faite en vertu de l'article 58 de l'Ordonnance de Moulins (1560) qui assujettit à la formalité sous peine de nullité. « Toutes donations faites entre vifs, « mutuelles réciproques onéreuses, en faveur de mariage et « autres, de quelque forme et qualité qu'elles soient... » La « généralité des termes de cet article ne permettrait pas de douter que le douaire préfix excédant le coutumier fût soumis à l'insinuation.

L'opinion commune au Palais est au contraire que le douaire préfix quoique excédant le coutumier, n'est pas sujet à insinuation parce qu'il reste convention matrimoniale et ne constitue en aucun cas une donation. Cette opinion se fonde sur les textes des coutumes, celle de Paris entre autres : le douaire préfix reste en tous cas une convention matrimoniale parce que c'est la coutume elle-même qui le prévoit pour remplacer le douaire coutumier quand cela plaît aux parties et qu'elle ne l'a point limité. Le douaire préfix remplaçant le coutumier prend sa nature de convention matrimoniale sans distinction de cas : *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. On tirait argument de la jurisprudence concernant l'augment de dot des pays de droit écrit qui échappe à l'insinuation (6). Renusson conseille toutefois lorsque le mari constitue un douaire excédant de beaucoup le coutumier de le faire insinuer pour la

« parmi nous est la même chose que l'augment de dot des autres pays de droit « écrit ». (De Salviat, *Jurisprudence du Parlement de Bordeaux*. V^e Agencement).

(6) Renusson, *Traité du douaire*, chapitre 4, n^{os} 3 sq.

sûreté de la femme parce qu'alors « ce douaire qui absorbe tous
« les revenus des biens du mari, ne doit pas être considéré sim-
« plement comme une convention matrimoniale, mais comme
« une convention extraordinaire qui fait préjudice aux créan-
« ciers ».

5. — Si le douaire est soumis à l'Edit.

Plusieurs questions se posaient en ce qui concerne l'appli-
cation de l'Edit des secondes nocés au douaire. — 1° si l'Edit
s'appliquait au douaire d'une femme convolant en secondes
noces ; 2° si un veuf convolant en secondes noces devait obser-
ver les limites de l'Edit pour constituer un douaire à sa seconde
femme ; 3° si une seconde femme pouvait recevoir un douaire et
une part d'enfant le moins prenant, ou si le douaire devait
être précompté sur sa part d'enfant.

6. — Quid du douaire d'une femme qui se remarie ?

Sur ce point, Ricard cite d'après Bacquet un arrêt du 23 mars
1587, par lequel celui-ci dit avoir été jugé qu'un douaire préfix
sans retour n'était pas sujet à l'Edit : une veuve ayant des
enfants de son premier mari et remariée avait été autorisée à
conserver la propriété d'un tel douaire sans être obligée de la
réserver aux enfants de son premier lit. Ricard — et l'on ne
peut qu'être de son avis — avait dit que si la question s'était
présentée à nouveau, elle eut été jugée en sens inverse. Les
arrêts interprétatifs de l'Edit rendus depuis cette époque per-
mettent d'être formels. Ferrières (8) partage cette opinion :
« Quand le douaire propre est stipulé sans retour, c'est un avan-
« tage sujet à l'Edit et il doit être réduit en usufruit en propor-
« tion du coutumier, à moins qu'il ne valut pas plus que le coutu-
« mier en usufruit. » Aucun doute n'est donc possible et l'Edit
s'appliquait donc tant en son premier qu'en son second chef.

**7. — Si le douaire d'une seconde femme est soumis à la
limite de l'Edit.**

Ici une distinction était nécessaire entre le douaire coutu-
mier et le douaire préfix. Le douaire coutumier n'était jamais
sujet à l'Edit (9). C'est en effet le type même de l'avantage

(7) Ricard, *Traité des donations*, 3^e partie, chapitre 9, glose 5, n° 1343.

(8) Ferrières, *Corps et compilation de la coutume de Paris*, tome 3, arti-
cle 279.

(9) Voyez chapitre I, n°s 6, 7, 8.

déféré legis municipalis beneficio et non ab homine. Il s'agit d'autre part d'un avantage en usufruit, non en capital, et enfin d'un avantage limité dans sa quotité. Cette double limite a paru suffisante, étant donné qu'il ne fallait pas oublier que le douaire, même d'une seconde femme doit être regardé avec faveur et que, quel que soit le fondement qu'on lui attribue, il constitue un titre onéreux.

Si, par contre, il s'agit d'un douaire préfix, on applique l'Edit des secondes nocés, cela fut jugé par quatre arrêts des 22 janvier 1579, 18 janvier 1615 rendu par la 4^e Chambre des Enquêtes au rapport de M. Le Nain, 30 mai 1620 au rapport de M. de Thélis et 10 juillet 1656 rendu par la 5^e Chambre des Enquêtes (affaire Poitevin) (10). Il semble bien que la question n'ait jamais été contestée en jurisprudence, mais les arrêts se séparaient sur le point de savoir à quoi l'on devait réduire le douaire préfix. L'arrêt de juillet 1615 opéra la réduction au taux du douaire coutumier, l'arrêt de mai 1620 réduisit à une part d'enfant le moins prenant et celui de 1656 réduisit au douaire coutumier.

8. — Si une seconde femme peut cumuler son douaire et une part d'enfant.

Sur cette question de la limite du douaire se greffait celle fort difficile de savoir si, outre le douaire, la femme doit avoir une part d'enfant ou si tant pour son douaire que pour les avantages qui lui ont été faits par le contrat de mariage, elle doit se contenter d'une part d'enfant.

En faveur du cumul du douaire et de la part d'enfant, on soutenait que l'Edit des secondes nocés n'a été fait que pour réduire les libéralités de l'homme et non les dispositions de la loi « quand le douaire préfix excède le coutumier, c'est une « libéralité de l'homme dans l'excédent, sujet par conséquent « à réduction » (11).

Contre les secondes femmes, on disait que la faculté laissée par les coutumes de réduire le douaire faisait dans le cas de secondes nocés qu'un douaire coutumier devenait une véritable libéralité, que si, par exemple : « un père ayant de nombreux

(10) Ferrières, *loc. cit.*

Vrevin, *Coutumiers du Vermandois, Coutume de Chauny*, article 120 (arrêt de 1620).

(11) Ferrières, *loc. cit.*

« enfants d'un premier lit et peu de biens en comparaison, « donne un douaire coutumier à une seconde femme, il fait « une libéralité injuste et inofficieuse qui doit être réduite dans « les bornes de la raison (11). Ce raisonnement tendait non pas à faire réduire le douaire coutumier (la question ne fut jamais vraiment discutée, le douaire coutumier paraissant vraiment échapper à toute réduction), mais à faire précompter le douaire sur la part d'enfant le moins prenant de la seconde femme.

9. — Opinion de la doctrine.

La doctrine était hésitante sur cette question. Ferrières (11) après avoir exposé le pour et le contre avait une conclusion modeste : « Il est donc de la prudence de la Cour de juger par « les circonstances du nombre des enfants et des biens du « mari et de la seconde femme. » Les autres auteurs n'étaient pas plus affirmatifs. La jurisprudence flotte autant que la doctrine. L'arrêt du 18 juillet 1615 adjugea à la femme son douaire outre la part d'enfant. Celui du 30 mai 1620 ordonna « que « réduction sera faite des 300 livres de douaire à proportion de « ce que l'un des enfants dudit Laurent Thersonnier a pu amener de sa succession suivant l'Edit des secondes noces ». L'arrêt du 18 juillet 1615 jugea que la veuve du sieur Poittevin aurait son douaire coutumier et son préciput, celui-ci étant réduit d'une part d'enfant (Voir Chapitre V, n° 18).

10. — Cas particulier.

Ferrières évoque une autre discussion qui ne reçut point non plus de solution définitive : « si le mari constitue à sa femme « un douaire préfix n'ayant point d'immeubles sur lesquels « elle eut pu prendre le douaire coutumier et qui pussent servir « pour régler le douaire préfix. plusieurs prétendent que ce « douaire est une donation et libéralité du mari et non un avantage et libéralité de la loi ». Le douaire préfix, en pareil cas, avait cependant bien des raisons de passer pour un titre onéreux ; si les coutumes ont permis d'augmenter ou de diminuer le douaire fixé par elles, c'est pour que les contractants puissent établir une proportion raisonnable entre le douaire et leurs biens suivant la consistance de ces biens. Serait-il juste de réduire un douaire préfix au cas où le douaire coutumier serait de peu ? Aucune solution ne prévalut et il est probable que dans chaque cas les magistrats jugèrent en fait, en équité, d'après la fortune et la situation du de cujus et de sa veuve.

11. — Généralités.

Aucune considération n'empêchait donc l'application de l'Edit. Dans l'affaire Poittevin, la réduction eut lieu pour le douaire préfix, quoique vraiment celui-ci eut un caractère onéreux : il était normal dans sa quotité, eu égard à la fortune du mari, tandis que le douaire coutumier eut été anormalement plus faible. De plus, la seconde femme du sieur Poittevin avait une fortune plus considérable que lui et des fruits de laquelle il avait profité pendant le mariage.

Il était d'autre part impossible d'éluder indirectement l'application de l'Edit. L'arrêt du 30 mai 1620 ne s'arrêta pas à une circonstance spéciale du procès. Le douaire promis par Laurent Thersonnier à sa seconde femme avait été garanti par son père spécialement intervenu à cet effet au contrat de mariage : « une telle clause ne saurait être maintenue, cela serait « valable de tout autre que le père ou ayeul du mari, lesquels « en ce cas ne seront tenus, ni leurs hoirs après leur mort : « et aussi que si cela n'était, ce serait éluder la loi et empêcher « que les enfants ne profitassent du bénéfice de l'Edit des « secondes noces, car étant héritiers de leur ayeul, si l'obligation de l'ayeul demeurerait, il faudrait qu'ils en payassent leur « part » (12).

Le douaire coutumier et le douaire préfix proportionné au coutumier n'étaient pas sujets à la légitime des enfants nés du mariage (13), mais celle-ci atteignait un douaire préfix excessif.

§ II. — L'AUGMENT DE DOT

12. — L'insinuation n'est pas requise.

L'augment de dot échappait à l'insinuation : la jurisprudence était la même dans tous les Parlements de droit écrit, y compris celui de Paris pour son ressort de droit écrit.

A Paris, la question se présenta devant la 5^e Chambre des Enquêtes au procès d'entre dame Catherine Bernardi et Nicolas Gaillard. Par arrêt du 11 avril 1598 (14) rendu au rapport de

(12) Vrevin, *Coutumiers du Vermandois*, loc. cit.

(13) Le Brun, *Traité des successions*, livre 2, chapitre 3, section 7, n^o 6.

(14) Lonet et Brodeau, *Recueil d'anciens notables arrêts*, lettre 1, nombre 10.

M. Le Maréchal, il fut jugé qu'en pays de droit écrit, l'augment de dot n'était pas donation sujette à insinuation suivant l'ordonnance de 1549.

Ce qui faisait difficulté dans cette affaire, c'est que l'augment de dot avait été convenu dans les termes suivants : « Lequel époux donne purement et simplement par donation irrévocable faite entre vifs pour un augment de dot... » Or, l'ordonnance de 1549 était générale pour toutes donations même faites en faveur de mariage. L'arrêt décide — c'était une doctrine constante — que l'ordonnance n'entendait parler que des donations faites *ab homine* et non de celles faites *a lege* et que par conséquent, l'augment n'était sujet à insinuation en quelques termes qu'il fut convenu. Ce qui est nécessairement dû ne peut constituer une donation, c'est le cas de l'augment de dot : *id enim donari videtur quod nullo jure cogente conceditur, in necessitatibus nemo liberalis existat*.

Le 11 septembre 1601 (15) le Parlement de Toulouse jugeait de même que l'augment de dot n'est pas sujet à insinuation.

Même décision le 3 décembre 1603 au Parlement de Grenoble ; l'arrêt fut rendu au rapport de M. de Roux après avis de toutes les Chambres (16).

Le 22 février 1700 le Parlement de Toulouse en sa 3^e Chambre des Enquêtes jugeait à nouveau que l'augment coutumier n'a pas besoin d'insinuation (16).

En ce qui concerne l'insinuation de l'augment conventionnel, les idées étaient les mêmes qu'en ce qui concerne le douaire préfix. Ce dernier paraît toutefois avoir été d'un emploi plus fréquent que l'augment conventionnel.

Dans le ressort du Parlement de Bordeaux l'agencement n'était pas soumis à l'insinuation.

13. — L'Edit des secondes noccs.

Les arguments de droit romain empêchaient par contre les arrêts de s'arrêter en matière de retranchement pour les secondes noccs aux résultats donnés dans les pays coutumiers quant au douaire.

(15) Ferrières, *Corps et compilation de la coutume de Paris*, article 284, glose 2, § 3, n° 44.

(16) Catellan, *Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse*, tome 2, livre V, chapitre 9.

(17) Lapeyrère, *Décisions sommaires du Palais*, lettre N, n° 15.

14. — Raisons pour l'application.

Le droit romain en effet protégeait les enfants du premier lit et réduisait les avantages résultant du gain de la dot ou de la donation à cause de nocces. La parenté proclamée entre la donation à cause de nocces et l'augment de dot faisait argument a simili en faveur de la réduction de celui-ci à une part d'enfant. On ajoutait qu'il constituait bien un titre gratuit et lucratif, puisqu'il se prenait sur les biens du mari et que s'arrêter à la solution contraire « serait un moyen à un père qui se
« remarierait de faire de grands avantages à une seconde fem-
« me au préjudice des enfants du premier lit, en reconnais-
« sant une dot plus forte que celle qu'elle aurait apportée et lui
« donnant encore l'augment qui ferait le tiers » (18).

15. — Raisons contre.

Contre l'application de l'Edit des secondes nocces et de la loi Hac edictali les arguments étaient identiques à ceux qui viennent d'être exposés pour le douaire : l'édit ne comprend que les avantages qui procèdent de la libéralité du mari et non ce qui provient de la disposition de la loi sans la participation des parties : or, l'augment vient de la loi confirmée par l'usage et qui rend la femme créancière de son mari comme pour la dot.

En outre, certains auteurs (19) faisaient remarquer avec juste raison que l'augment ressemblait plus au douaire qu'à la donatio propter nuptias et que celle-ci avait beaucoup moins le caractère de bénéfice de la loi que les deux institutions françaises, « en effet, encore que le cas du gain de la dot ou de la
« donation propter nuptias fut prescrit par la disposition du
« droit civil, néanmoins leur quantité ne fut jamais limitée et
« il dépendait absolument des parties de les augmenter ou de
« les restreindre... De là vient que ces avantages ne sont pas
« tant estimés dispositions de la loi que conventions particu-
« lières et ont plus de rapport aux dispositions qui sont per-
« mises par nos coutumes qu'aux gains dont nous parlons et
« qu'elles attribuent au survivant, lesquels sont fixés et limités
« même pour la quantité et sont dus en vertu de la seule cou-
« tume sans aucune stipulation des parties ». Ce raisonnement

(18) Ferrières, *ibid.*, article 279, page 1420.

(19) Ricard, *Traité des donations*, 3^e partie, chapitre 9, glose 5, n^o 1342.

paraît impeccable et l'on a peine à croire qu'il ait été rejeté : la tradition héritée du droit romain fut plus forte que le raisonnement basé sur ce droit.

16. — La jurisprudence.

La jurisprudence fut constante. A Toulouse, la question fut jugée une première fois par arrêt du 3 août 1575 (20), au procès d'entre demoiselle Antoinette de Varès, veuve de François de Rascas, contre Anne d'Amboise et consort, dans le sens défavorable à la veuve.

Le même Parlement rendit un second arrêt dans le même sens le 12 septembre 1598, en sa Grand'Chambre présidée par le Premier Président Du Faur (21). Il s'agissait de la liquidation de la succession de Pierre Rossel, succession fort obérée et dont l'actif était insuffisant à remplir les créanciers et la veuve pour son augment. D'un premier mariage, Rossel avait eu un fils (à la diligence duquel la liquidation avait lieu), c'est en secondes noces qu'il avait épousé Marguerite de Nupces qui se constitua 5.000 livres en dot, pour l'augment de laquelle son mari lui promit 2.500 livres conformément à la coutume de Toulouse fixant l'augment à la moitié de la dot.

Trois points furent résolus par la Cour, dont le premier était préjudiciel : « Le procès étant en la Cour pour le jugement de l'allocation des créanciers, on trouva que les pactes de mariage desdits Rossel et de Nupces étaient antérieurs à toutes leurs obligations... ».

La seconde question — celle qui a trait à ce chapitre — était de savoir si la veuve toucherait l'augment de 2.500 livres stipulé par le pacte de mariage ou « la moitié seulement comme y avait lieu de retranchement suivant la loi Hac edictali ; n'ayant pu Rossel donner plus à sa seconde femme qu'à un de ses enfants du premier lit ; par conséquent lui ayant donné 2.500 livres d'augment et n'étant solvable au temps de son décès, la moitié en devait être retranchée, d'autant que c'est en ce seul temps de la mort... qu'il faut regarder s'il y a lieu de retranchement et non au temps des pactes ». Le Parlement de Toulouse s'arrêta à cette seconde solution

(20) Charondas *Réponses du droit français*, livre 7, chapitre 163.

(21) Charondas, *ibid.*

De Cambolas, *Décisions notables de la Cour du Parlement de Toulouse*, livre 2, chapitre 66.

sans s'arrêter aux arguments exposés par la veuve, « la coutume doit être interprétée en sorte que la femme gagne cet augment si les lois le peuvent souffrir.. et pourvu qu'il en reste autant pour chacun des enfants du premier lit » (22).

Un troisième arrêt, toujours dans le même sens, fut rendu par le Parlement de Toulouse le 3 juin 1612 (22).

La jurisprudence était identique au Parlement de Bordeaux en ce qui concerne l'agencement. L'arrêt du 12 mai 1646 rendu au rapport de M. de Mirat au procès d'entre Marie du Puyot et Bernard Gardera réduisit un agencement à une part d'enfant le moins prenant. Deux arrêts rendus dans les affaires Mirelert et Macanan étaient dans le même sens (23).

(22) Le troisième point à résoudre par le Parlement était celui de savoir si les 1.250 livres retranchées sur l'augment de la femme devaient être attribuées au fils du premier lit ou aux créanciers de son père. Le Parlement se prononça très juridiquement en faveur du fils, ces 1.250 livres lui venant par le bénéfice de la loi, pour peine des secondes noces et non de son père. Voyez chapitre V, note 33.

(23) Lapeyrère, *Décisions sommaires du Palais*, lettre N, n° 15.

Je n'ai pu relever d'arrêts concernant les rapports de l'augment de dot et de la légitime, mais j'en ai relevé deux (du Parlement de Toulouse) relatifs au contre-augment.

Le premier de ces arrêts fut rendu le 5 avril 1594 par la Grand'Chambre, après partage en la Tournelle, dans l'affaire suivante : la coutume de Toulouse portait en son titre de la dot que le mari survivant à la femme décédée sans enfants gagne entièrement la dot de celle-ci « ...si autrement entre les mariés aux contrats et pactes de leur mariage n'est convenu » et une femme étant morte sans enfants après avoir institué son mari « héritier universel de tous et chacun de ses biens », sa mère qui n'avait reçu que « quelques petits légats », réclamait sa légitime et voulait comprendre dans l'exercice de ses droits le contre-augment du mari, c'est-à-dire la dot de la fille acquise à celui-ci par le prédécès de sa femme. Le mari prétendait au contraire conserver la dot tout entière parce qu'il l'avait recueillie non à cause du testament, mais de son chef tanquam lucrum a statuto delatum et ne voulait fournir la légitime que sur les biens compris en son institution. La mère fut déboutée de sa demande. La matière étant jugée importante, l'arrêt fut retenu « pour être prononcé solennellement à la fête de Pâques prochaine par M. le Président Du Faur ». (Géraud de Maynard, *Notables et singulières questions de droit écrit*, livre 2, chapitre 88, et Guyot, *Répertoire de jurisprudence*. V° légitime, section 8, § 2, 7° question.)

A cet arrêt s'en ajoute un second (Guyot, *loc. cit.*, qui dit l'avoir pris chez Catellan) « prononcé en robes rouges par M. le Premier Président de Vieubet, la veille de la Pentecôte ». Cet arrêt avait été rendu par la 1^{re} Chambre des Enquêtes. « La raison de douter était la faveur de la légitime d'une mère sur les biens laissés par sa fille morte sans enfants. Mais ce n'est pas ici le cas de succession, ni par conséquent de légitime, le mari ne gagne pas la dot par voie de succession, c'est une dette à son égard qu'il exige, c'est un gain que la coutume lui donne... » J'ai cité le texte de Guyot pour bien montrer le caractère onéreux du gain de la dot par le mari ; le mari est dans le cas présent créancier de la dot, il la gagne, il n'en hérite pas.

CHAPITRE IX

CARACTÈRES DES PEINES PORTÉES PAR L'ÉDIT DES SECONDES NOCES

1. — Divergence entre droit coutumier et droit écrit.

Ce fut jusqu'à la dernière période de l'ancien droit une grande querelle entre les Parlements de droit écrit et les Parlements de droit coutumier que de savoir *si l'époux prédécédé avait pu de son vivant remettre valablement son conjoint éventuellement survivant des peines portées par l'Edit des secondes nocés*, tant en premier qu'en son second chef.

La question avait en elle-même une grande importance pratique sur laquelle il est inutile d'insister, et il était certainement fâcheux que les deux moitiés de la France n'eussent pas sur ce point une même jurisprudence.

2. — Intérêt de la question.

La question avait en outre une grande importance théorique et c'est pourquoi elle va être étudiée ici.

Les partisans de la théorie qui voit dans le caractère onéreux des avantages matrimoniaux une fiction de la loi s'appuient sur l'Edit des secondes nocés et disent : la meilleure preuve qu'il y a une fiction, c'est qu'en présence des enfants d'un premier lit ces avantages ont un caractère gratuit ; s'ils avaient vraiment un caractère onéreux, celui-ci subsisterait dans tous les cas, leur vrai caractère est donc gratuit.

Que si une seconde théorie, basée sur la volonté présumée des époux explique cette différence entre l'un et l'autre cas, les tenants de la théorie de la fiction répondent qu'on ne saurait parler de volonté présumée : le propre des règles basées

sur la volonté présumée des parties est un caractère supplétif, on peut leur échapper, tel n'est pas le cas, puisque les règles posées par le Code Civil sont absolument formelles et qu'on ne peut se soustraire à leur application.

Une brève étude de la question dans l'ancien droit est susceptible d'apporter quelque lumière sur ce point.

3. — Paris par voie réglementaire interdit toute remise des peines.

Au Parlement de Paris, un arrêt rendu le 19 août 1716 en forme de règlement déclare « nulle la remise de la peine portée « par l'Edit des secondes noces contre les femmes qui se remariaient » (1). Pothier écrivait cependant quelques années plus tard que sans conteste la réserve de l'Edit est fondée sur le motif que si les époux eussent prévu les secondes noces, ils auraient apposé cette charge pour éviter que leur patrimoine ne passât en des mains étrangères au préjudice de leurs enfants communs. L'arrêt de 1716 fut rendu malgré ce fondement, le Parlement de Paris ayant pour principe que *les particuliers ne peuvent intervertir l'ordre successoral établi par les lois.*

4. — Jurisprudence contraire à Toulouse et dans tous les pays de droit écrit.

Le Parlement de Toulouse — suivant en cela les solutions du droit romain — décidait au contraire qu'il est possible aux particuliers de remettre les peines portées par l'Edit des secondes noces : Arrêts du mois de mai 1619, des 28 juillet 1635 et 21 juillet 1637 (2).

L'opposition entre les jurisprudences était d'autant plus formelle que le Parlement de Paris rendit son arrêt sur appel d'une sentence de la sénéchaussée de Lyon, pays de droit écrit. Les Parlements de Bordeaux, Aix et Grenoble suivaient la même jurisprudence que le Parlement de Toulouse. Il y avait cependant une différence entre eux : Toulouse exigeait une remise expresse, Bordeaux se contentait d'une remise tacite

(1) Merlin, *Répertoire universel de jurisprudence*. V^o noces (secondes), § 3, article 1.

(2) Voici dans quels termes s'exprimait le droit romain (Novelle 22, chapitre 2) : *ut si dicat vir, nolo quod uxor mea amittat proprietatem eorum quoe lucratur a me, licet convolet ad secundas nuptias.*

(arrêts des 21 mars 1618, 26 août 1663) (3) et Aix également (arrêts des 25 décembre 1583 et 14 janvier 1647) (4).

Tous les Parlements, par contre, étaient d'accord pour juger que les premiers maris pouvaient dans l'acte même portant les avantages accordés à leurs épouses, aggraver les peines portées par l'Edit.

5. — Le Parlement de Paris ne connaît que la lettre de l'Edit.

Le Parlement de Paris était d'ailleurs sévère sur ces questions d'interprétation de la volonté présumée du de cujus, ainsi que le prouve l'arrêt rendu dans l'affaire suivante et justement à propos de l'Edit. Marguerite Leroi ayant de son premier mariage un fils, épouse en secondes noces le sieur Bourgoing à qui elle fit une donation de part d'enfant. La dame Bourgoing mourut peu de temps après son fils, et Bourgoing soutint que la totalité de la succession lui appartenait, puisqu'il ne devait, disait-il, connaître d'autres concurrents que les enfants et que sa part devait augmenter ou diminuer à proportion de ce que le nombre des enfants augmentait ou diminuait. Cette allégation n'avait rien d'in vraisemblable et l'on pouvait supposer que si elle avait prévu le cas, la dame Bourgoing eut laissé son hérité à son second mari. Celui-ci fut néanmoins débouté par sentence du Châtelet du 22 avril 1762, confirmée par arrêt de la Grand-Chambre rendu le 21 juin 1763 au rapport de M. Lamblin.

6. — Quid si le moins prenant n'a pas sa légitime.

La solution donnée par le Parlement de Paris s'explique principalement pour la raison donnée : pas d'interversion de l'ordre des successions établi par la loi et l'on ne saurait y voir une conséquence de la sévérité souvent rencontrée dans cette étude, avec laquelle il appliquait l'Edit des secondes noces. En effet, sur une question voisine de celle qui nous occupe, c'est le Parlement de Paris qui était moins sévère que les Parlements de droit écrit ; suivant une jurisprudence constante lorsque l'un des enfants était réduit à une portion moindre que sa légitime et qu'il s'en tenait au don ou legs sans

(3) Merlin, *loc. cit.*, d'après Automne et Lapeyrère.

(4) Merlin, *loc. cit.*, d'après Duperrier et Boniface.

prétendre de supplément, la portion du second conjoint de celui de ses père ou mère qui avait survécu doit être portée jusqu'à concurrence de la légitime que cet enfant aurait le droit de prendre. Le dernier arrêt rendu en ce sens à Paris est du 4 juillet 1660 (5). La jurisprudence était identique à Toulouse (arrêts des 16 janvier 1588 et 4 juin 1639) (6).

La jurisprudence à Bordeaux était contraire et le resta, n'admettant de tempérament que dans le cas où l'enfant n'avait qu'une portion ridicule (cinq sous en l'espèce).

Le Parlement de Grenoble avait commencé par suivre celui de Bordeaux (arrêts des 22 mai 1570 et 17 juillet 1572) puis se rallia à la jurisprudence parisienne (arrêt du 14 mars 1618, confirmé par ceux des 2 avril 1642 et 14 mars 1649) (7).

En fin de compte, le Parlement de Bordeaux resta donc seul de son avis ; il est facile d'en déduire que l'ancien droit n'interprétait pas les lois relatives aux secondes noces dans un esprit d'hostilité systématique contre les remariages (esprit qu'on retrouve à plusieurs époques de l'histoire), mais qu'il les concevait comme protectrices des enfants issus des précédentes unions.

7. — Quid en cas de mort des enfants d'un premier lit ?

Les auteurs d'ailleurs étaient bien d'accord sur ce point : « Les lois en privant les femmes qui se remarient des libéralités de leur premier mari, n'ont eu d'autre objet que l'intérêt des enfants du premier lit. » (8) Ce point de vue était renouvelé du droit romain et conduisait à la même conséquence : « Lorsque une mort inhumaine troublant l'ordre de la mortalité, enlève les enfants plutôt que la mère, il est juste que la cause qui avait donné lieu à cette disposition rigoureuse venant à faillir, on en voie pareillement cesser l'effet, et que la propriété des biens que l'existence des enfants lui avait arrachée dans la rencontre d'un second mariage lui fasse retour par leur défaillance » (8). Il revient au même, en effet, que du premier mariage il ne soit pas né d'enfants ou que ceux-ci meurent avant le survivant de leurs père et mère.

(5) Ferrières, *Corps et compilation de la coutume de Paris*, article 279, glose 2, § 3, nos 6, 7, 8 (tome III).

(6) Merlin, *loc. cit.*, arrêts cités par lui d'après Maynard et d'Olive.

(7) Merlin, *loc. cit.*, arrêts cités par lui d'après Expilly et Basset.

(8) D'Olive du Mesnil, *Questions notables de droit*, livre 3, question 20.

D'Olive du Mesniel exprimait ceci de façon fort lyrique : « Le « mariage n'est pas fertile qui produit des fruits qu'un tour- « billon de vent arrache avant leur maturité... il n'est pas au « pouvoir d'une mère de fermer les yeux à ceux qui devaient « clore les siens, qu'elle n'ouvre la bonde à ses soupriers et à « ses larmes, et le changement de condition qui l'a soumise à « un nouveau mari n'empêche pas qu'elle ne ressente en son « cœur les injures d'une malheureuse... ».

La question venant à se présenter devant la 2^e Chambre des Enquêtes du Parlement de Toulouse, l'arrêt fut conforme à la doctrine ci-dessus exprimée. Voici comment l'affaire se présentait : le procès était entre M. François Constans et M. Jean Molières. François Constans avait épousé Antoinette de Boniol, fille d'un premier lit de la demoiselle Isabeau de Chautard qui en secondes noces avait épousé le second plaideur Jean Molières. Antoinette de Boniol avait reçu de son père 30.000 livres en dot et 200 livres par testament pour tout supplément de légitime, Isabeau de Chautard étant instituée légataire universelle ; après l'ouverture du testament, une instance fut formée par la fille et son mari en adjudication du supplément de légitime. Une transaction intervint au mois de juin 1627, la mère acceptant de verser un supplément de 200 livres à sa fille. Six mois après cet accord, la mère convola en secondes noces avec Jean Molières ; sa fille et son gendre demandèrent aussitôt des lettres en cassation. Pendant cette instance, la fille vint à mourir, bientôt suivie de sa mère, chacune d'elle ayant fait un testament en faveur de son mari. C'est ainsi que se lia le procès entre Constans et Molières « pour « savoir à qui des deux appartenait l'héritage de la dite Boniol « ou audit Constans comme héritier de ladite de Boniol, ou « audit Molières comme héritier de ladite de Chautard ». L'arrêt, rendu le 1^{er} mars 1630 au rapport de M. de Resseguier adjugea l'hérédité au second mari « comme ayant la propriété des « biens délaissés à ladite de Chautard par son premier mari, « qu'elle avait perdu par ses secondes noces et qui lui avait « fait retour par le prédécès de ladite Antoinette de Boniol, « sa fille, sans enfants » (9).

(9) Cambolas, *Décisions notables du Parlement de Toulouse*, livre 6. Appendice relatif aux secondes noces, n^o 24.

D'Olive du Mesnil, *loc. cit.*

CONCLUSION

L'introduction a eu pour but de situer la question des avantages matrimoniaux dans le cadre des institutions matrimoniales en général. J'ai voulu y faire ressortir en premier lieu l'ancienneté de cette notion de biens communs qui est antérieure de plusieurs siècles au régime de la communauté. Reprenant sous son autorité une idée développée par Charles Lefèvre, j'ai dit que le fait avait précédé le droit : la conséquence à tirer des développements consacrés à cette période du haut Moyen-Age est simple : cette notion de biens communs n'est pas une création plus ou moins abstraite des juristes, mais une notion concrète, apparue spontanément, et qui découle de la nature même du mariage et des habitudes propres à certaines époques et certains pays. La communauté a été systématisée par le droit qui a établi les principes et en a fait découler les conséquences logiques, et il est par conséquent historiquement faux de dire que la communauté est une fiction juridique qui sert à dissimuler certains actes, certains résultats. Chronologiquement, la question des avantages matrimoniaux est bien postérieure à l'apparition du régime. Ils ne peuvent exister sans la communauté et leur existence est la conséquence directe de l'application des principes du régime. On s'est aperçu au xvi^e siècle qu'ils pouvaient participer par certains points de la nature des actes à titre gratuit, mais ils avaient leur origine dans des actes à titre onéreux et on a continué à les traiter comme tels : il n'y a pas eu explication après coup pour masquer la nature d'un acte, mais application de principes préexistants pour apprécier la nature d'un acte.

Dans la seconde partie du § 1 de l'introduction était exposée l'utilité d'une étude historique ; les textes du Code relatifs à la question sont extrêmement brefs dans leur ensemble et deux

théories contradictoires existent sur la nature des avantages matrimoniaux, chacune d'entre elles présentant d'ailleurs des lacunes. Il y a relation de cause à effet entre ces deux phénomènes : c'est la brièveté du Code qui est à l'origine de cette situation. Dans le silence des travaux préparatoires, il est nécessaire de s'adresser à l'Histoire, tout d'abord parce que les articles du Code sont fortement inspirés de l'ancien droit et ensuite parce qu'il s'agit de questions qui ne dépendent pas du législateur seul, mais surtout de différents facteurs religieux, moraux et économiques se modifiant très lentement de telle sorte que les solutions données aujourd'hui ne peuvent s'expliquer que par la connaissance de celles qui étaient données hier.

Les brèves indications données dans l'Introduction ont permis de voir que l'ensemble du droit moderne est bien conforme à l'ancien droit. Le Code a conservé presque entièrement la jurisprudence des Parlements, se contentant d'éliminer ce qui était contraire aux nouveaux principes du droit civil. La dévolution des biens se fait sans qu'on ait le moins du monde à se préoccuper de leur origine, les substitutions sont formellement prohibées par le législateur de l'An XII.

En ce qui concerne la communauté légale, rien n'a changé. Depuis le xvi^e siècle, elle constitue entre époux un titre onéreux, mais devient un titre gratuit en présence d'enfants d'un précédent lit de l'un des conjoints. Retenons l'exactitude de l'analyse faite par Dumoulin et reprise par Pothier quant à l'origine première des avantages qui en résultent : il n'y faut pas voir un bénéfice de la loi, et ils résultent en réalité de *la volonté tacite* des époux.

Rien ne change non plus en ce qui concerne la société d'acquêts : elle constitue toujours et dans tous les cas un titre onéreux, même en cas de secondes noces. Le second conjoint de l'époux veuf et remarié ne saurait toutefois prétendre sur la part de celui-ci dans la société d'acquêts à davantage qu'une part d'enfant le moins prenant. Les raisons de cette solution sont faciles à apercevoir : il n'y a aucun appauvrissement pour les enfants du premier lit.

Il est plus délicat d'interpréter les décisions recueillies au chapitre II.

En ce qui concerne la coutume de Paris, l'extension de l'article 279 est tout à fait remarquable — cela a déjà été signalé. Dans son dernier état, la jurisprudence avait mis les hommes

et les femmes sur un pied d'égalité quant aux conquêts faits durant un précédent mariage. La coutume de Paris avait voulu assimiler les conquêts faits par une femme durant son précédent mariage aux libéralités reçues de son défunt mari et cette solution fut étendue aux veufs dont on ne peut dire qu'ils tiennent ces conquêts de la libéralité de la première femme. La seule explication à donner de cet article 279 et de la jurisprudence y relative, est que l'ancien droit a voulu, par une espèce d'interprétation de la volonté tacite des premiers conjoints, arriver au résultat qu'ils eussent pu obtenir par leur contrat de mariage. Il lui a semblé choquant de voir un second conjoint profiter de ce qui a été amassé par le travail et l'économie du mort, et que si ceci avait été prévu lors du premier mariage, les conjoints eussent cherché à l'éviter par leur contrat de mariage.

En dehors de Paris, Orléans et Calais, les acquêts et conquêts constituaient un titre onéreux vis-à-vis de l'Edit des secondes noces, c'était donc la solution aujourd'hui en vigueur. Le second conjoint peut profiter d'une part d'enfant dans les conquêts faits pendant le premier lit.

Deux remarques sur ce point. En premier lieu, il serait inexact de chercher à opposer les solutions de Paris, Bordeaux et Calais aux solutions des autres coutumes : les textes à interpréter étant différents on ne pouvait arriver aux mêmes résultats. Il serait d'autre part non moins inexact d'abandonner l'analyse faite de l'article 279 de la coutume de Paris sous prétexte que la solution est abandonnée : cette analyse est au contraire parfaitement exacte et il est peut-être permis de regretter l'interdiction actuelle de considérer l'origine des biens pour régler leur dévolution. Cette interdiction empêche aujourd'hui de reprendre conventionnellement la solution de la coutume de Paris et il est des cas — exceptionnels il est vrai — où une stipulation de ce genre permettrait d'éviter par la suite des résultats choquants.

De ce chapitre II il est possible, malgré l'opposition signalée entre Paris, Orléans, Calais et les autres coutumes, de dégager quelques principes valables pour tout le pays coutumier. Remarquons d'abord que les coutumes de Paris et Orléans ne restreignent que les dispositions faites au profit du second conjoint. Elles empêchent un père ou mère remarié de disposer des conquêts faits durant les unions précédentes au préjudice

des portions dont pourraient amender les enfants issus de ces unions, mais elles permettent aux enfants des subséquents mariages de participer au partage de la moitié desdits conquêts normalement échue à leur auteur lors de la dissolution des précédents mariages. Réciproquement les enfants des précédents lits succèdent pour leurs parts et portions aux conquêts faits pendant les mariages subséquents. Sur ces deux points, les pays coutumiers avaient une législation uniforme : on se méfiait non pas des enfants des autres lits, mais uniquement du second conjoint. Tous les enfants d'une même personne avaient vocation égale pour succéder à l'ensemble des conquêts faits par elle durant ses différents mariages.

Des autres chapitres, la meilleure conclusion qui s'impose c'est que le Code Civil a accompli une œuvre de simplification et d'unification considérable.

Du chapitre IX, je retiens que l'Edit des secondes noces peut être juridiquement basé sur la volonté tacite des époux sans que l'on admette pour ceux-ci la faculté de décharger le conjoint survivant des peines portées.

On est dans l'ensemble frappé de ce que toutes les décisions données sont conformes à l'équité et au bon sens : si les cas qui se sont présentés avaient été prévus par le parent prédécédé, il aurait presque toujours stipulé les solutions adoptées en fin de compte par les magistrats. Pour les autres cas — disposition des conquêts de la seconde communauté — on constate que la jurisprudence a toujours été dominée par le souci de maintenir l'équité et la bonne foi entre les seconds époux et vis-à-vis des enfants, par le souci de rendre des décisions rappelant des parents oublieux de leurs devoirs à la juste appréciation de l'affection qu'ils doivent à tous leurs descendants indistinctement.

Somme toute, la conclusion la plus nette qui se dégage de l'ancien droit, c'est la prépondérance en cette question des avantages matrimoniaux de la notion combinée de la volonté tacite présumée des époux et de l'ordre normal de leurs affections, qui interdit au de cujus, quand il s'agit de parents proches, de modifier la disposition de la loi. Il en est de même pour la communauté : elle est formée grâce à l'épargne et l'économie des époux. Quand on épargne et économise, c'est normalement pour assurer le lendemain et les vieux jours, et dans un ménage, les « acquêts » sont amassés indistincte-

ment par l'un et l'autre pour indistinctement l'un et l'autre. Chacun jouit du tout : n'est-il pas normal dans ces conditions qu'à la mort du prédécédé le survivant soit considéré quand il y a une clause de contrat de mariage en sa faveur, comme gagnant à titre onéreux tout ce qui lui revient de la communauté dissoute ? Pratiquement, il n'y a pas de mutation de jouissance : sa possession est la même aujourd'hui qu'hier ; il n'y a pas de mutation de propriété, puisqu'il était déjà propriétaire. Vis-à-vis des héritiers, quels qu'ils soient, ne doit-il pas être considéré comme ayant un droit particulier sur les biens qu'il a amassés ?

En présence d'enfants d'un premier lit, tout change et il faut reprendre l'analyse faite par les théoriciens de la fiction pour le cas de premières noces, les enfants d'un premier lit sont vraiment frustrés si leur auteur n'acquiert plus pour eux. Les deux conjoints nouveaux collaborent à la formation de nouveaux biens qui seront partagés également pour eux et rien n'est plus juste mais celui qui a déjà des enfants ne doit pas les oublier et n'a pas le droit de les exclure de ces biens nouvellement acquis : et cela est certainement conforme à la volonté qu'eussent normalement exprimée s'ils avaient prévu le cas, les conjoints du premier lit. Si quelques parents peu soucieux de leurs enfants exprimaient une volonté contraire elle serait nulle, la loi doit assurer une dévolution des biens conformément à certains principes intangibles et les particuliers ne peuvent modifier l'ordre successoral établi par elle : ces considérations sont la conséquence et la justification de la brève étude du chapitre IX.

Et la justification de cette étude sera la mise en valeur de cette notion de volonté normale présumée des époux : elle transparaît dans chaque chapitre, elle est issue des magistrats, auteurs et praticiens de l'ancien droit et permet d'assigner un fondement juridique aux décisions de notre jurisprudence moderne tout en expliquant la différence de ces décisions suivant qu'il y a ou non des enfants d'un premier lit. En cas de premières noces elle explique le caractère onéreux des avantages matrimoniaux ; en présence d'enfants d'un premier lit elle explique leur caractère gratuit : si le parent prédécédé avait prévu la situation, ses précautions jointes au droit incontestable du survivant de se remarier auraient normalement abouti aux solutions données par la loi.

N'est-il pas d'ailleurs normal qu'une conception unique soit à la base d'une matière qui est une et ne serait-il pas au contraire anormal que ces deux chapitres dont les solutions ont été construites simultanément depuis quatre siècles par les mêmes magistrats, les mêmes auteurs, les mêmes praticiens relevassent de principes différents ?

N'est-il pas normal enfin que cette question — qui touche de très près celle des transmissions ab intestat — puisse être résolue de façon satisfaisante par des explications singulièrement voisines de celles que l'on donne depuis deux mille ans aux règles de la succession ab intestat ?

Et du point de vue juridique pur l'explication présentée ne vaut-elle pas mieux que la seule explication juridique donnée par la théorie de la fiction ? Pour les partisans de la théorie de la fiction, il y a fiction parce que cela est conforme aux conséquences que donne l'application au régime de la communauté des principes de la société, ce qui est à véritablement parler un non sens : la considération de la personne du cocontractant joue dans les deux cas un rôle considérable, mais la société est faite « dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter », ce n'est pas le cas du mariage que je sache ! Et cette différence fondamentale suffit pour écarter tout raisonnement d'analogie de la société au mariage.

Que penser rationnellement de l'attribution du caractère onéreux aux avantages matrimoniaux ? Ne risque-t-on pas de se voir opposer le summum jus summa injuria, le raisonnement juridique excessif n'arrive-t-il pas à se mettre en contraction avec la réalité et le bon sens ? Je ne le crois pas. On ne peut être choqué du caractère onéreux des avantages attribués à l'un ou l'autre des époux. Le partage par moitié serait-il de l'essence du régime ? Il semble bien que ce ne soit qu'une apparence ou plutôt que l'égalité profonde, l'égalité vraie entre les époux, qui elle est de l'essence du régime, ne doive nullement se traduire par un partage en deux fractions égales. La communauté a comme complément, le l'oublions pas, le principe de la liberté des conventions matrimoniales qui a eu justement pour but originaire de rétablir l'égalité par des dérogations au partage égal. L'égalité en matière de partage ne consiste-t-elle pas d'ailleurs pour chacun des époux plus en une vocation éventuelle au tout qu'en une vocation certaine sur la moitié ? N'est-ce même pas une véritable ironie que de parler dans le

cas normal de la dissolution de la communauté — la mort — d'égalité entre un vivant et un mort alors que le partage s'opère entre le vivant et les héritiers du mort qui sont peut-être des parents éloignés ou même inconnus ? On pourrait parler d'égalité essentielle s'il s'agissait de partage entre deux époux vivants.

Il suffit au surplus — sans qu'il soit besoin d'accepter la théorie présentée — d'appliquer les principes généraux du droit pour rechercher la réalité d'après ce qu'a pu être la volonté des époux lorsqu'ils acquéraient et économisaient en commun : ils économisaient pour leurs vieux jours, pour eux deux indivisément et non pour leurs héritiers et certainement avec l'idée plus ou moins confuse — il ne plaît pas souvent à l'homme de penser à sa mort — que tout passerait sur la tête du survivant d'entre eux le jour inévitable de la mort de son conjoint.

En réalité, le survivant a bien un droit spécial aux acquêts. C'est lui qui les a formés, ils viennent de son travail, l'ensemble vient du travail et de l'économie de chacun d'eux tant leurs existences ont été liées. Les héritiers du prédécédé n'ont eu aucune part à leur formation, il est juste qu'ils soient écartés de leur partage. Autant il est juste et naturel que les biens qui sont venus au prédécédé de la famille retournent à elle, autant il est juste et naturel que les biens provenus de la collaboration des époux aillent au survivant d'entre eux : cette idée peut paraître contraire aux principes du Code qui ne considère jamais l'origine des biens pour assurer leur dévolution et alors, dira-t-on, elle n'a pu être adoptée par le législateur. C'est cependant ce qui est arrivé : les articles 1516, 1520 et 1525 tiennent compte de l'origine de certains biens pour assurer leur dévolution. Ne faut-il pas que les idées exposées soient vraiment de l'essence du régime pour avoir pu faire fléchir le rédacteur du Code sur des principes jugés cependant essentiels par eux ?

La vérité profonde est que tout se tient dans un Code bien fait et dans une conclusion on peut passer outre les quelques défauts signalés dans la rédaction des articles 1516 et 1525. Les rédacteurs du Code ont su ce qu'ils faisaient en adoptant ici les principes de la vieille législation : ils étaient conformes aux règles générales adoptées. Un examen rapide de ces règles pourrait suffire à démontrer le caractère onéreux des avantages matrimoniaux.

Une donation se caractérise par l'intention libérale qu'elle renferme et l'unilatéralité. Si la moindre réciprocité apparaît, le caractère onéreux revient ; exemple : la donation avec charges. Quant à l'intention libérale, je crois qu'on la trouverait beaucoup moins souvent qu'on ne pourrait prouver son absence. Y a-t-il intention libérale quand on stipule qu'une femme reprendra par préciput ses bagues ou un homme sa bibliothèque ? Y a-t-il intention libérale quand on stipule que le survivant prendra les meubles meublants ?

Quelles sont les définitions données par le Code ? Article 1105 : le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage *purement* gratuit. Article 1106 : le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose. Neuf fois sur dix une stipulation d'avantage matrimonial rentrera dans le cadre de l'article 1106 et jamais sans doute on ne trouvera d'avantage matrimonial *purement* gratuit.

Le seul fait que la division des contrats en commutatifs et aléatoires soit une subdivision des contrats à titre onéreux est au surplus hautement probant. Et c'est ici que doit se placer la réponse à un des arguments de la théorie de la fiction. Les avantages matrimoniaux auraient le caractère gratuit parce qu'ils permettent d'arriver au même résultat que les donations : c'est faux parce que l'on doit considérer non l'émolument, mais le titre et tous les contrats aléatoires sont semblables. Les stipulations de contrats de mariage dont il s'agit sont semblables à un contrat d'assurances ou de rente viagère ; ceux-ci peuvent être extrêmement avantageux pour l'une des parties (l'assurance-accidents est *toujours* avantageuse pour l'une des parties) sans que l'on se soit jamais avisé de les traiter comme des actes à titre gratuit. (Ces différentes idées ont été plus ou moins indiquées lors des débats parlementaires signalés dans l'Introduction. Voir Sénat 1903, séance du 27 décembre. Chambre 1903, séance du 3 décembre. Chambre 1910, séance du 7 juillet. Chambre 1911, séance du 10 avril. Sénat 1911, séance du 6 juillet. Chambre 1913, séance du 27 février).

La théorie indiquée correspond donc bien à la réalité. Deux points restent à signaler.

La théorie de la volonté tacite explique parfaitement le caractère gratuit des avantages matrimoniaux en cas de divorce ou de séparation de corps : le but des économies faites

par les époux ne serait pas atteint si le coupable n'était pas déchu. Tant que durait la vie commune normale le travail commun était accompli avec la condition résolutoire tacite que le survivant n'aurait pas à sa mort offensé son conjoint.

Par contre, la volonté tacite n'explique directement le caractère onéreux ni pour les avantages résultant de la communauté légale, ni pour les transferts à conjoint des apports. Peut-être est-il suffisamment justifié par le vieil adage *accessorium sequitur principale* ?

Vu : le Président de la Thèse,

Henri REGNAULT.

Vu : le Doyen,

Edgar ALLIX.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

- ANONYME. — *ENCYCLOPÉDIE DE JURISPRUDENCE*, ou dictionnaire complet, universel, raisonné, historique et politique de jurisprudence.
Bruxelles, 1777-1780, 7 vol. in-4°.
- AUGEARD. — *ARRÊTS NOTABLES* des différents tribunaux du royaume.
Paris, 1756, 2 vol. in-f°. (Continuation du *Journal de BLONDEAU*).
- AUTOMNE. — *COMMENTAIRE SUR LES COUTUMES GÉNÉRALES DU PARLEMENT DE BORDEAUX*. (Continué par Boë et DUPUIS.)
Bordeaux, 1728, 1 vol. in-f°.
- BACQUET. — *ŒUVRES DE JEAN BACQUET*, augmentées par Claude de FERRIÈRES et Claude-Joseph de FERRIÈRES.
Lyon, 1774, 2 vol. in-f°.
- BARDET. — *RECUEIL D'ARRÊTS DU PARLEMENT DE PARIS*. Nouvelle édition par LALAURE.
Avignon, 1773, 2 vol. in-f°.
- BECHET. — *L'USANCE DE SAINTONGE* entre mer et Charente, avec deux *TRAITÉS DES SECONDES NOCES ET DU DROIT DE REVERSION*, par Cosme Béchet, avocat au Parlement de Paris.
2^e édition. *Saintes*, 1647, 1 vol. in-8.
- BLONDEAU. — *JOURNAL DU PALAIS* ou Recueil des Principales décisions de tous les Parlements et cours souveraines de France, par feu CLAUDE BLONDEAU et GUERET.
4^e édition. *Paris*, 1755, 2 vol. in-f°.
- BOUCHEL. — *BIBLIOTHÈQUE OU TRÉSOR DU DROIT FRANÇAIS*, par BOUCHEL, avocat au Parlement. Edition augmentée par Bêchefer, substitut du Procureur général.
Paris, 1671, 3 vol. in-f°.
- BOUCHER D'ARGIS. — *TRAITÉ DES GAINS NUPTIAUX ET DE SURVIE*, qui sont en usage dans les pays de droit écrit, tant du ressort du Parlement de Paris que des autres Parlements.
Lyon, 1738, 1 vol. in-4°.

- BOUHIER. — ŒUVRES DE JURISPRUDENCE de Monsieur le Président
Bouhier, nouvelle édition par JOLY DE BÉVIN.
Dijon, 1788, 2 vol. in-f°.
- BOUVOT. — NOUVEAU RECUEIL DES ARRÊTS DE BOURGOGNE, où sont
contenues diverses notables questions de droit par Jean
BOUVOT, avocat au Parlement de Bourgogne.
Tome I. *Genève*, 1623, 1 vol. in-4°.
Tome II. *Genève*, 1628, 1 vol. in-4°.
- BRILLON. — DICTIONNAIRE DES ARRÊTS ou Jurisprudence univer-
selle des Parlements de France.
Nouvelle édition. *Paris*, 1727, 6 vol. in-f°.
- CAMBOLAS. — DÉCISIONS NOTABLES sur diverses questions de droit
jugées par plusieurs arrêts de la Cour de Parlement
de Toulouse.
Toulouse, 1682, 1 vol. in-4°.
- CATELLAN. — ARRÊTS REMARQUABLES du Parlement de Toulouse.
Toulouse, 1730, 2 vol in-4°.
- CHARONDAS. — RÉPONSES DU DROIT FRANÇAIS.
Paris, 1650, 1 vol. in-f°..
- CHOPPIN. — ŒUVRES.
Paris, 1662, 5 vol. in-f°.
- COQUILLE. — QUESTIONS.
Bordeaux, 1703, 1 vol. in-f°.
- DENISART. — COLLECTION DE DÉCISIONS NOUVELLES et de notes de
Jurisprudence.
Paris, 1771, 4 vol. in-4°.
- DENISART. — ACTES DE NOTORIÉTÉ donnés au Châtelet de Paris sur
la Jurisprudence et les usages qui s'y observent.
3^e édition. *Paris*, 1769, 1 vol. in-4°.
- DUFRESNE. — JOURNAL DES AUDIENCES du Parlement.
Paris, 1757, 7 vol. in-f°.
- DU FAIL. — Les plus solennels ARRÊTS ET RÈGLEMENTS DONNÉS AU
PARLEMENT DE BRETAGNE.
Nantes, 1715, 2 vol. in-4°.
- DUMOULIN. — COMMENTAIRE SUR LA COUTUME DE PARIS.
Paris, 1666, 1 vol. in-f°.
- DURAND. — COMMENTAIRE SUR LA COUTUME DE VITRY.
Châlons, 1722, 1 vol. in-4°.
- EXPILLY. — *Plaidoyez* de M^c Claude Expilly, président au Parle-
ment de *Grenoble*, ensemble plusieurs ARRÊTS ET RÈ-
GLEMENTS NOTABLES DUDIT PARLEMENT.
Lyon, 1662, 1 vol. in-4°.
- FERRIÈRES. — LA SCIENCE PARFAITE DES NOTAIRES, par Claude-Jo-
seph de Ferrière. Nouvelle édition revue par de Visme.
Paris, 1771, 2 vol. in-4°.

FERRIÈRES. — CORPS ET COMPILATION de tous les commentateurs anciens et modernes sur LA COUTUME DE PARIS, par *Claude de Ferrières*. Nouvelle édition, par l'auteur et son fils.

Paris, 1714, 2 vol. in-f°.

FERRIÈRES. — NOUVEAU COMMENTAIRE SUR LA COUTUME de la prévôté et vicomté de PARIS, par *Claude de Ferrières*. Nouvelle édition revue par SAUVAN D'ARAMON.

Paris, 1751, 2 vol. in-4°.

FILLEAU. — RECUEIL GÉNÉRAL DES ARRÊTS, édits et règlements notables.

Paris, 1630, 2 vol. in-f°.

FURGOLE. — ŒUVRES de M^e Jean-Baptiste Furgole sur les DONATIONS.

2^e édition. *Toulouse*, 1761, 2 vol. in-4°.

GUYOT. — RÉPERTOIRE UNIVERSEL ET RAISONNÉ DE JURISPRUDENCE, civile, criminelle, canonique et bénéficiale, ouvrage de plusieurs Jurisconsultes, mis en ordre et publié par Guyot.

Paris, 1784-1785, 17 vol. in-4°.

HENRYS. — RECUEIL D'ARRÊTS NOTABLES donnés en la Cour de Parlement de Paris:

3^e édition. *Paris*, 1662, 1 vol. in-f°.

HENRYS. — ŒUVRES de M^e CLAUDE HENRYS, 6^e édition complétée par BRETONNIER et MATHIEU TERRASSON.

Paris, 1771, 4 vol. in-f°.

LACOMBE (de). — ARRÊTS ET RÈGLEMENTS NOTABLES du Parlement de Paris et autres cours souveraines, rendus pendant les années 1737 à 1741.

Paris, 1743, 1 vol. in-4°.

LAPEYRÈRE. — DÉCISIONS SOMMAIRES DU PALAIS.

6^e édition. *Bordeaux*, 1744, 1 vol. in-f°.

LE BRUN. — TRAITÉ DES SUCCESSIONS.

Nouvelle édition. *Paris*, 1775, 1 vol. in-f°.

LE BRUN. — TRAITÉ DE LA COMMUNAUTÉ entre mari et femme.

Nouvelle édition. *Paris*, 1774, 1 vol. in-f°.

LE PRESTRE. — QUESTIONS NOTABLES DE DROIT.

Paris, 1679, 1 vol. in-f°.

LOUET et BRODEAU. — RECUEIL D'AUCUNS NOTABLES ARRÊTS donnés en la Cour du Parlement de Paris.

Bruxelles, 1665, 1 vol. in-f°.

MAYNARD (Géraud de). — NOTABLES ET SINGULIÈRES QUESTIONS DE DROIT ÉCRIT jugées au Parlement de Toulouse.

Toulouse, 1751, 2 vol in-f°.

MERLIN. — RÉPERTOIRE UNIVERSEL DE JURISPRUDENCE.

5^e édition. *Paris*, 1827, 18 vol. in-4°.

- MESNIL (d'Olive du). — QUESTIONS NOTABLES DE DROIT décidées par divers arrêts de la Cour du Parlement de Toulouse.
Toulouse, 1682, 1 vol. in-4°.
- MONTHOLON. — ARRÊTS DE LA COUR PRONONCEZ EN ROBES ROUGES.
Paris, 1629, 1 vol. in-4°.
- PERRIER. — ARRESTS NOTABLES DU PARLEMENT DE DIJON.
Dijon, 1738, 2 vol. in-f°.
- POTHIER. — TRAITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE.
TRAITÉ DU DOUAIRE.
TRAITÉ DE LA COMMUNAUTÉ.
TRAITÉ DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX.
Ces ouvrages sont cités d'après l'édition BUGNET.
- RENUSSON. — TRAITÉ DU DOUAIRE.
Paris, 1743, 1 vol. in-f°.
TRAITÉ DE LA COMMUNAUTÉ DE BIENS.
Paris, 1723, 1 vol. in-f°.
- RICARD. — TRAITÉ DES DONATIONS.
Riom, 1783, 2 vol. in-f°.
- RICARD. — LA COUTUME DE PARIS, conférée avec les autres coutumes de France. (Expliquée par les notes de M^e Charles du Moulin, continuée par M^e Fortin, augmentée de plus des deux tiers par M^e Ricard.)
Paris, 1656, 1 vol. in-f°.
- ROBERT (Anne). — QUATRE LIVRES DES ARRÊTS JUGÉS PAR LA COUR.
Paris, 1611, 1 vol. in-4°.
- SALVIAT (de). — LA JURISPRUDENCE DU PARLEMENT DE BORDEAUX.
Paris, 1787, 1 vol. in-4°.
- SERVIN. — ACTIONS NOTABLES ET PLAIDOYEZ de Messire Loys Servin.
Rouen, 1629, 1 vol. in-4°.
- SOEFVE. — NOUVEAU RECUEIL de plusieurs questions notables jugées par arrêts d'audience du Parlement de PARIS.
Paris, 1682, 2 vol. in-f°.
- VREVIN. — COUTUME REFORMÉE DE GOUVERNEMENT PRÉVOTÉ ET BAILLAGE DE CHAULNY. Extrait du tome 2 des : COUTUMIERS DE VERMANDOIS.
Paris, 1728, 2 vol. in-f°.
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

	Pages
Paragraphe 1	7
Paragraphe 2	29

CHAPITRE PREMIER

Si les avantages résultant d'un régime de communauté sont soumis à la réduction de l'Edit des Secondes Noces.

Section I. — *Jurisprudence des pays coutumiers.*

§ 1. — *De la Communauté légale.*

N^{os}

1. Application de l'Edit aux communautés légales en cas d'inégalité des patrimoines. Raisons.	35
2. Arrêts ayant ainsi jugé.	36
3. Arrêt du 19 février 1654 (Enfants Chupin contre Catherine Gerbaut).	36
4. Arrêt du 29 janvier 1658 (Enfants Moncelle contre Pierre Bonneau).	38
5. Raisons contre l'application de l'Edit.	38
6. Différence de traitement entre la communauté coutumière et le douaire coutumier. Pourquoi.	39
7. Raison de fait : l'un est limité, l'autre pas.	39
8. Raison de droit : la communauté légale a pour base la volonté tacite des époux.	40
9. Pas d'exception à l'application de l'Edit.	41

§ 2. — *De la Communauté universelle.*

10. Arrêts.	42
------------------	----

§ 3. — *De certains avantages résultant d'un régime de communauté et qui échappent à la réduction de l'Edit.*

Nos	Pages
11. Partage par moitié.	42
12. Renonciation à une communauté avantageuse.	43
13. Les sociétés d'acquêts échappent à la réduction. Arrêts.	43
14. Quid en cas de succession mobilière échue à l'un des époux.	44

Section 2. — *Jurisprudence des pays de droit écrit.*

15. La question.	45
-----------------------	----

§ 4. — *Des raisons alléguées pour et contre l'application de l'Edit.*

16. La loi Cum his status.	46
17. S'il y a donation de la moitié des fruits de la dot.	47
18. Arguments exposés en faveur de la communauté.	47

§ 5. — *Les arrêts.*

19. Application de l'Edit : arrêts des 14 août 1627 et 5 juillet 1636.	48
20. Affaire Pierre Valoux. Arrêts du Grand Conseil du 18 septembre 1690.	49
21. Jurisprudence contraire du Parlement de Paris. Affaire Gonon-Faure.	51
22. Pas de contradiction entre l'arrêt Gonon-Faure et les autres arrêts du Parlement de Paris.	51

§ 6. — *Si la communauté de tous biens constitue une aliénation et si le mineur peut en être relevé par le juge.*

23. Pas de restitution en Bourgogne. Arrêt de 1567.	52
24. Même solution en novembre 1570.	52
25. Même solution par arrêt du 29 novembre 1613.	53
26. Le contraire jugé, mais par arrêts interlocutoires.	53
27. A Bordeaux, rescision partielle, la société demeurant pour les acquêts. Arrêt du 1 ^{er} juillet 1578.	54
28. A Paris, en coutume d'Auvergne, la rescision a lieu. Arrêt du 1 ^{er} septembre 1640.	55
29. Et cependant la lésion n'était apparue que postérieurement au contrat.	55
30. Arguments exposés par les plaideurs.	56
31. Bordeaux admet une exception à sa jurisprudence ; pas de rescision si le demandeur a eu des enfants et s'est remarié.	57

CHAPITRE II

Si les conquêts de communauté sont lucra nuptiala.

N ^{os}	Pages
1. Terminologie.	58
2. L'article 279 de la coutume de Paris.	58

§ 1. — *Extension de l'article 279.*

3. Extension aux veufs de l'article 279.	59
4. Raisons contre cette extension.	60
5. Cette extension est admise par la Jurisprudence.	60
6. Extension de l'article 279 aux meubles ; opposition de certains auteurs. Raisons alléguées.	61
7. Cette extension est admise par la Jurisprudence. Arrêt du 4 mars 1697.	62

§ 2. — *S'il est possible de disposer en faveur d'un second conjoint ou des enfants d'un second lit des conquêts du lit précédent.*

8. Arrêt du 21 février 1595 : les conquêts d'un premier lit non sunt lucra nuptialia (Paris).	63
9. Même jurisprudence à Bordeaux en 1580.	64
10. L'arrêt du 21 février 1595 est peu probant. Sa doctrine est combattue.	64
11. Opinion rapportée par Ricard quant aux acquêts qu'une femme remariée a eus de sa première communauté.	65
12. Le Parlement de Paris se range à cette opinion. Arrêt du 18 juillet 1643 en la coutume de Paris.	65
13. Raisons alléguées par les enfants du second lit, appelants. ...	66
14. Arguments exposés par les enfants du premier lit.	67
15. Cette jurisprudence est confirmée par arrêt du 8 janvier 1689. ...	67
16. Extension aux hommes de cette jurisprudence. Arrêts du 10 juillet 1656 (Affaire Poittevin).	68
17. Une femme ne peut mettre en la communauté de son second mariage les meubles provenant de la première.	69
18. Quid en dehors de la coutume de Paris. Conquêts de deuxième communauté et second chef de l'Edit des deuxièmes nocés. ...	70
19. Arrêt du 2 avril 1683. A Clermont, le deuxième chef de l'Edit ne s'applique pas aux conquêts venus d'une première communauté.	72

§ 3. — *Mesure dans laquelle il est possible de disposer des acquêts d'une seconde communauté.*

N ^{os}	Pages
20. Objet et plan de ce paragraphe.	73
21. Possibilité pour les époux de disposer entre eux des acquêts de seconde communauté. Arrêt du 16 mai 1578.	74
22. Dispositions au profit des enfants communs.	75
23. Arrêt du 27 décembre 1588 ; il casse telles dispositions faites par contrat de mariage.	76
24. Confirmation de cette jurisprudence par les arrêts ultérieurs.	77
25. Décisions contraires ; arrêts des 19 juillet 1659 et 15 juillet 1563.	77
26. Sens définitif de la jurisprudence.	78
27. Critique de l'argument de l'incertitude.	78
28. Même jurisprudence à Rennes qu'à Paris.	79
29. Mais à Bordeaux prévalait la solution contraire à celle de Paris.	80
30. Dispositions en faveur des enfants du premier lit.	80
31. Interdiction d'une disposition faite en fraude des droits du second conjoint. Arrêt du 30 octobre 1555.	81
32. Arrêt du 12 janvier 1616.	81
33. Arrêt.	81
34. Quid si le deuxième mariage est lui-même dissous. Arrêt du 15 juillet 1610.	82
35. Quid si l'avantage fait aux enfants du premier lit est antérieur à la naissance des enfants du deuxième lit. Arrêt du 1 ^{er} juin 1629.	82

CHAPITRE III

De l'ameublissement et de la stipulation de propre.

§ 1. — *Généralités. But. L'ameublissement.*

1. Généralités.	84
2. Définition.	85
3. La stipulation de propre.	85
4. Origine et but de la clause d'ameublissement.	86
5. L'idée de compensation entre les patrimoines des futurs époux.	86
6. Un ameublissement excessif équivaut à une aliénation : fait par un mineur, il est réductible.	87
7. Réciproquement un mineur peut être relevé du défaut de stipulation de propre.	87
8. Arrêt du 9 avril 1591.	87

N ^{os}	Pages
9. Arrêt de janvier 1598.	88
10. Esprit de cette jurisprudence.	88
11. La réciprocité d'une clause d'ameublissement empêche un mineur d'en être relevé. Arrêt du 18 avril 1617.	89
12. Arrêt du 15 juillet 1678.	89
13. L'ameublissement et la légitime.	90
14. L'Edit des secondes noces ; la réciprocité n'empêche pas son application.	91

§ 2. — *De l'insinuation des contrats de mariage contenant des clauses d'ameublissements.*

15. Quand l'opération réalise une donation, elle est sujette à insinuation. Arrêt en ce sens.	91
16. Opinion de Bacquet ; elle est trop absolue.	92
17. Pas d'insinuation pour un ameublissement proportionné au patrimoine du stipulant. Arrêt du 8 juillet 1599.	92
18. Pas d'insinuation si un ameublissement excessif est compensé moralement ou pécuniairement. Arrêt du 14 février 1595.	93

§ 3. — *Effets des clauses d'ameublissements.*

19. La question.	94
20. Opinions de Le Brun et de Bacquet.	94
21. Si l'article 279 de la coutume de Paris frappe les immeubles ameublés.	95
22. Arrêt du 24 juillet 1741.	95
23. Si après la mort du stipulant la clause conserve son effet vis-à-vis du survivant. Affaire Le Chaleux.	96
24. Thèse restrictive.	97
25. Thèse extensive.	97
26. Arrêt du 7 janvier 1688, il admet la thèse extensive.	98
27. Arrêt du 23 décembre 1609, même solution pour la stipulation de propre.	99
28. Arrêt La Mark.	99
29. Effet d'une clause d'ameublissement vis-à-vis d'un parent du prédécédé. Arrêt de Pâques 1600.	100
30. Cas particuliers.	100
31. Quid en cas de confiscation du mari.	101
32. Théorie restrictive, Le Brun.	101
33. Théorie extensive, Bouhier.	102
34. Arrêt du 6 juin 1598.	102

CHAPITRE IV

Du forfait.

Nos	Pages
1. Définition.	103
2. Validité de ces conventions. Arrêts.	104
3. Formule.	105
4. Pas besoin d'insinuation.	105
5. Le forfait échappe à la légitime des enfants.	105
6. Quid en cas de secondes noces ? Le Brun, Ferrières.	106
7. Pothier.	106
8. Interprétation d'une clause douteuse en faveur du survivant.	107

CHAPITRE V

Du préciput

§ 1. — *Définition et généralités.*

1. Définition. Préciput légal et préciput conventionnel.	109
2. Stipulation ancienne et très fréquente ?	110
3. Consistance du préciput.	110
4. Formules.	111
5. Formules parfois stipulées au profit de la femme.	111
6. Convention fort avantageuse pour le survivant.	111
7. Avantages de survie voisins du préciput employés dans certaines provinces.	112

§ 2. — *Des biens sur lequel se prend le préciput.*

8. La question.	114
9. Quid en cas de renonciation de la femme ?	114
10. Si le préciput peut se compléter sur les biens du mari. Distinction.	115
11. Non, si la femme a accepté la communauté. Arrêt de juin 1629.	116
12. Oui, si elle a renoncé à la communauté. Arrêt du 4 juillet 1629.	116
13. Arguments des héritiers du mari.	116
14. Arguments de la femme.	117
15. Nécessité d'une stipulation expresse. Arrêt du 21 mai 1640. ..	117
16. Mêmes solutions en Bourgogne.	118

§ 3. — *Si le préciput
est soumis à l'Edit des secondes noces.*

N ^{os}		Pages
17.	Arrêt du 11 août 1637 : la réciprocité donne au préciput un caractère onéreux.	119
18.	Arrêt du 10 juillet 1656 (Affaire Poittevin) : le préciput est réductible.	119
19.	Même jurisprudence en province : Bourgogne.	120
20.	La doctrine. Ricard approuve la jurisprudence.	120
21.	Le préciput est également soumis au deuxième chef de l'Edit des secondes noces : Affaire Poittevin.	120

§ 4. — *Si la clause de préciput
est soumise aux formalités de l'insinuation.*

22.	Opinion de Coquille : le préciput est un titre gratuit.	122
23.	L'opinion contraire prévalut (Pothier).	122
24.	La nouvelle législation fiscale.	123
25.	Résistance en Bretagne.	123
26.	Résistance à Bordeaux.	124
27.	Jurisprudence du Conseil.	124

CHAPITRE VI

De différentes clauses en faveur du survivant et portant sur les biens communs; si elles sont valables sans avoir été insinuées.

1.	« Tous les meubles au survivant ». Pas d'insinuation. Arrêt du 10 mai 1600.	126
2.	Pas d'insinuation pour les clauses plus larges portant sur les biens communs. Arrêts du 22 février 1601.	127
3.	Arguments exposés.	127
4.	Arrêts rendus dans le même sens.	128
5.	Autre clause échappant à l'insinuation.	128
6.	Réciprocité d'une clause et dispense d'insinuation.	129
7.	Nécessité de l'insinuation s'il n'y a pas réciprocité.	129
8.	La réciprocité ne dispense de l'insinuation que les clauses portant sur des biens communs. Arrêts du 17 décembre 1669.	130
9.	Circonstance sur lesquelles fut rendu cet arrêt.	130
10.	Arguments exposés.	130
11.	Cas particuliers.	131
12.	Conciliation de plusieurs arrêts.	132
13.	Il ne s'agit pas d'une réciprocité mathématique.	132

CHAPITRE VII

De la mesure dans laquelle il faut y avoir lieu à paiement de droits de mutation entre époux.

N ^{os}	Pages
1. Pas de lods et ventes en cas d'adjudication à la femme d'un immeuble de la communauté. Arrêt du 11 janvier 1607 et du 19 août 1643 (en la coutume de Paris).	134
2. Le contraire avait été jugé en la coutume de Montargis. Arrêt du 9 janvier 1593.	135
3. Arguments de la femme.	135
4. Dispositions en cette matière de la coutume de Vitry.	136
5. Pas de lods et ventes quand la femme prend un conquêt en remploi de ses propres ou paiement de ses conventions. Arrêts.	136
6. Cas où les droits de lods et ventes sont dus. Arrêt du 16 mai 1672.	137
7. Les droits de mutation sont dus quand la femme prend un propre de son mari.	138
8. Pas de droits dans le cas de l'article 281 de la coutume de Paris.	139

CHAPITRE VIII

Si le douaire et l'augment sont dus à titre gratuits ou si très onéreux.

1. Le douaire. Généralités.	141
2. L'augment. Généralités.	141
3. Leur assiette.	142

§ 1. — *Le douaire.*

4. Pas d'insinuation pour le douaire coutumier. Quid pour le préfixe ?	143
5. Si le douaire est soumis à l'Edit.	144
6. Quid du douaire d'une femme qui se remarie.	144
7. Si le douaire d'une femme est soumis à la limite de l'Edit.	144
8. Si une seconde femme peut cumuler son douaire et une part d'enfant.	145
9. Opinion de la doctrine.	146
10. Cas particuliers.	146
11. Généralités.	147

§ 2. — *L'augment de dot.*

N ^{os}	Pages
12. L'insinuation n'est pas requise.	147
13. L'Edit des secondes noces.	148
14. Raisons pour l'application.	149
15. Raisons contre.	149
16. La jurisprudence.	150

CHAPITRE IX

*Caractère des peines
portées par l'Edit des secondes noces.*

1. Divergence entre droit coutumier et droit écrit.	152
2. Intérêt de la question.	152
3. Paris par voie réglementaire interdit toute remise des peines.	153
4. Jurisprudence contraire à Toulouse et dans tous les pays de droit écrit.	153
5. Le Parlement de Paris ne connaît que la lettre de l'Edit....	154
6. Quid si le moins prenant n'a pas sa légitime.	154
7. Quid en cas de mort des enfants du premier lit.	155
CONCLUSION	157
BIBLIOGRAPHIE	167
